



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

85

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
www.juntadeandalucia.es/empleo/carl
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1.ª planta
41011 Sevilla



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Y BRAVO FERRER
JESÚS CRUZ VILLALÓN	SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>
mazuecos@comares.com

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 85/2006

Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2006

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

- En busca de la estabilidad perdida: las causas de la temporalidad 11
JESÚS CRUZ VILLALÓN

1. ESTUDIOS

- Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal 29
M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
- Análisis funcional del fomento de la contratación por tiempo indefinido en la reforma de 2006 59
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO
- Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006 103
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO
- Protección y prestaciones sociales en la reforma laboral: desempleo y Fondo de Garantía Salarial 141
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
- «Modernización» del Sistema Público Estatal de Empleo, «mejora» de la intermediación y «evaluación» de las políticas activas de empleo: una reforma «otoñal» 165
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
- La Inspección de Trabajo en la reforma laboral 195
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ



Ampliación competencial y reestructuración de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos	215
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	
El acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo en la perspectiva económica	237
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
2. INFORMES Y DOCUMENTOS	
Bonificaciones e incentivos estatales a la contratación laboral	265
Incentivos de la Junta de Andalucía a la contratación con carácter indefinido	273
3. TEXTOS DEL ACUERDO Y NORMATIVA DE LA REFORMA LABORAL	
Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo, de 9 de mayo de 2006	281
Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio sobre medidas urgentes para la mejora del crecimiento y el empleo	299

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>), en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales».



Presentación







EN BUSCA DE LA ESTABILIDAD PERDIDA: LAS CAUSAS DE LA TEMPORALIDAD

«A veces estamos demasiado dispuestos a creer que el presente es el único estado posible de las cosas»

MARCEL PROUST

LA TEMPORALIDAD COMO INSTRUMENTO PREVALENTE DE FLEXIBILIDAD

Desde los inicios de la década de los años ochenta los requerimientos de flexibilidad de las empresas en España se han concentrado prevalentemente en el uso de las diversas modalidades de contratación temporal ofrecidas por nuestra legislación laboral. El resultado ha sido una fuerte presencia de la contratación de duración determinada en nuestro mercado de trabajo, en términos tales que desde 1990, conforme a los datos ofrecidos por la Encuesta de Población Activa, la tasa de temporalidad se sitúa por encima del 30 %. A partir de dicha fecha han existido diversas oscilaciones en dicha tasa, llegando a superarse en algunos momentos el 35 %, si bien en ningún momento se ha situado por debajo de ese emblemático 30 %. Ello supone que desde hace ya bastante tiempo seamos comparativamente el país con tasas de temporalidad más elevadas de la Unión Europea y, en todo caso, por encima del doble en temporalidad del segundo país europeo en tasas de temporalidad. Eso, desde luego, no quiere decir que nuestro sistema de relaciones laborales sea el más flexible comparativamente con el resto de los países europeos, por cuanto que en otros modelos se utilizan mecanismos diversos que pueden desembocar en resultados de precariedad o de falta de calidad en el empleo más negativos y preocupantes que la propia temporalidad. Pero, desde luego, ello no desdice del dato objetivo, de común aceptación hoy en día por prácticamente todos los observadores, de que en España las cifras de temporalidad resultan excesivas, perjudican la calidad en el empleo, inciden negativamente sobre el conjunto de la economía y la so-

ciudad e incluso no responden al tipo de flexibilidad que requieren nuestras empresas. Naturalmente el panorama es de notable complejidad, de modo que requeriría de importantes matices desagregando los datos atendiendo a sectores productivos, niveles de cualificación profesional, edad, sexo, zonas geográficas, diferenciación entre sector privado y sector público, dimensiones de las empresas y otros adicionales. Eso sí, se utilice el criterio de análisis parcializado que se utilice, en líneas generales el resultado sigue siendo el de tasas comparativamente más elevadas que en el resto de Europa, a identidad de factores.

Más aún, han transcurrido también bastantes años desde que se afrontaron diversas políticas públicas de reforma, básicamente en la normativa laboral estatal y en los incentivos económicos, dirigidas a potenciar la estabilidad en el empleo, con resultados que ha de reconocerse han sido bastante modestos o, cuando menos, inferiores a las expectativas que en principio se habían creado. De un lado, a partir de los inicios de los años noventa, se han verificado reformas cualitativas en nuestra legislación laboral, que han proporcionado a nuestro sistema laboral mecanismos adicionales de flexibilidad, tanto en lo que refiere a las condiciones de trabajo, a la movilidad interna, como también al régimen de extinción del contrato de trabajo; y, a pesar de ello, las empresas han mantenido unas políticas de contratación que han seguido optando preferentemente por el empleo de duración determinada. Paralelamente a ello, tanto las políticas estatales como las de importantes Comunidades Autónomas han desplegado programas de notable entidad de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social y de subvenciones a tanto alzado dirigidas a incentivar a las empresas a la contratación por tiempo indefinido. Por centrarnos en la evaluación global del pasado más inmediato, se puede constatar como la reforma de 1997 produjo en un primer momento una reducción significativa de la temporalidad en nuestro mercado de trabajo, con resultados que duda cabe positivos, pero en una segunda fase ello parece que se estancó, incluso a partir del año 2005 se observó un leve pero preocupante repunte de la temporalidad en el conjunto de las cifras, encontrándonos en estos momentos en una tasa de temporalidad de conjunto en torno al 34,39 %.

Dicho de otro modo, nuestra economía está propiciando una fuerte creación de empleo, con disminución en paralelo del desempleo, ya en cifras próximas al 9 % y, sin embargo, ello no altera la dualidad básica en el mercado entre trabajadores por tiempo indefinido y trabajadores temporales. Aún la tasa de ocupación sigue siendo reducida y se sitúa todavía por debajo de los objetivos marcados para el conjunto de la Unión Europea por la Estrategia de Lisboa, cifrada en alcanzar a la altura de 2010 el 70 % de tasa de ocupación general, el 60 % entre las mujeres y el 50 % entre los mayores de 55 años. Incluso pueden surgir elementos en el medio plazo de cierta pre-



ocupación que dificulten alcanzar esos objetivos, pero desde luego el elemento más negativo es el relativo a la segmentación de la población asalariada entre indefinidos y temporales, con todos los efectos reflejos derivados de la situación de vinculación temporal a la empresa y más ampliamente al mercado de trabajo.

LA REFORMA LABORAL DE 2006

Es básicamente en ese contexto en el que se produce la última reforma laboral entre nosotros, resultado del Acuerdo de Concertación Social de 9 de mayo de 2006 logrado con gran esfuerzo entre los agentes sociales y el Gobierno, implementado por la vía de la aprobación del correspondiente Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio (BOE 14 de junio). A pesar de que tanto el Acuerdo como el Real Decreto Ley apuntan en la doble dirección de la creación de más y mejor empleo, es bastante evidente que el acento se sitúa en la estabilidad en el empleo. Aunque el título de ambos textos alude a «la mejora del crecimiento y del empleo», lo que más resalta en el análisis de esta reforma es su caracterización como una fórmula de intercambio entre estabilidad en el empleo y reducción de los costes laborales por vía de las bonificaciones e incentivos. Así, la exposición de motivos de la norma, aunque arranca por afirmar que «Las medidas que incluye el Acuerdo se dirigen, por tanto, a afrontar los desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, insuficiente volumen de empleo y elevada temporalidad», acaba concluyendo que «En suma, el Acuerdo supone una apuesta estratégica del Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos por la estabilidad en el empleo».

No se puede ocultar que en la reforma de 2006 aparecen medidas que comportan significativas reducciones de costes laborales a las empresas que van dirigidas con carácter general a propiciar el incremento de los niveles de empleo de manera indiferenciada, sin tomar en consideración si la contratación lo es por tiempo indefinido o temporal; incluso que algunas de estas medidas, en aras de la creación de empleo de ciertos grupos con particulares dificultades de inserción laboral o de exclusión social, se fomenta su contratación temporal. Es conveniente hacer una llamada de atención sobre esta otra vertiente de la reforma, porque probablemente esté quedando más desvaída por haberse centrado su divulgación y análisis en otras perspectivas. Eso sí, las expectativas mayores se han centrado en torno al objetivo de reducir las elevadas tasas de temporalidad, lo que justifica plenamente que nuestro comentario aborde sobre todo esta vertiente, también porque es en ese ámbito donde se sitúan las medidas de mayor alcance en lo jurídico, incluso también en lo económico.

De las consideraciones de arranque del presente comentario puede vislumbrarse que la última de las reformas laborales se ha recibido en muchos ámbitos profesionales, sindicales y empresariales con cierto escepticismo o, cuando menos, con una notable prudencia en cuanto a las posibilidades de que la misma pueda cambiar el rumbo de un modelo que se encuentra asentado en nuestra realidad económica y social desde hace ya bastante tiempo. No puede ocultarse que los limitados resultados obtenidos en esta dirección por las reformas que le han precedido, por el hecho de haberse orientado al logro de objetivos en parte coincidentes, propician esa actitud de cierto descreimiento, de prever que las transformaciones del modelo de contratación temporal imperante en nuestro sistema laboral tampoco se van a verificar con la reforma de 2006.

Desde luego, las estrategias empresariales de contratación laboral han adquirido un grado tal de complejidad y de asentamiento con el paso del tiempo, cuya alteración cualitativa no resulta nada fácil de abordar. Da la impresión de que los cambios normativos son absorbidos con cierta naturalidad por las políticas empresariales de contratación, que acaban encontrando resquicios legales para mantener sus diseños de plantilla en lo sustancial, particularmente en lo que refiere al uso plurifuncional que se hace de la contratación temporal. Al mismo tiempo que la políticas de incentivos económicos producen efectos inmediatos de reducción de la temporalidad, particularmente sus medidas de choque; pero que superado un primer momento las políticas económicas de fomento del empleo estable pueden acumular un importante «peso muerto»; peso muerto entendido en el sentido de que las empresas adoptan con cierta independencia los criterios de contratación y de selección del perfil del trabajador a emplear, comprobando sólo en una fase posterior el tipo de bonificaciones económicas de las que se puede beneficiar, lo que determina que la decisiones de contratación laboral por parte de las empresas se encuentran sólo muy secundariamente condicionadas por este tipo de incentivos económicos.

Por ello, la conclusión básica es que resulta difícil que a través exclusivamente de cambios en la legislación laboral y del desarrollo de políticas de incentivos económicos se llegue a producir un cambio sustancial de la profunda dualidad del mercado de trabajo entre temporales y fijos tan consolidada, después de largos años de experiencia. Los propios protagonistas de la reforma así lo vienen a considerar expresamente en el texto del Acuerdo de Concertación, en la medida en que afirman que su contenido puede contribuir a la meta pretendida de mejorar la calidad del empleo, aunque advirtiendo que ello es insuficiente, pues debe acompañarse del impulso de un «modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero basado en la competitividad de las empresas, el incremento de la productividad y la cohesión social». También se declara que estas «políticas laborales y de em-



pleo deben ir necesariamente acompañadas de políticas sólidas en educación y formación, en infraestructuras, en investigación, desarrollo e innovación y en materia industrial y medioambiental».

Conviene aclarar que con lo anterior no queremos efectuar una crítica a la reforma laboral materializada en esta última ocasión. Por el contrario, las medidas adoptadas en la misma son acertadas y, a nuestro juicio personal, pueden contribuir en fuerte medida a los objetivos que se pretenden lograr de afianzar un modelo de superior estabilidad en el empleo en el mercado de trabajo. Puede, desde luego, aceptarse que la reforma se ha quedado corta en su intensidad, pero todas y cada una de las medidas adoptadas deben ser valoradas positivamente, pues afrontan con acierto elementos de debilidad presentes en nuestro precedente sistema legal y de incentivos. Con lo anterior que queremos llamar la atención sobre todo en la circunstancia de que el escenario es mucho más complejo, por cuanto que inciden en la materia elementos de muy variada índole, que convergen todos ellos en el modelo de temporalidad laboral que tenemos.

Dicho de otro modo, si no somos conscientes de las circunstancias determinantes de la temporalidad en nuestro mercado de trabajo, formularemos un diagnóstico incompleto de la realidad y, con ello, podemos errar tanto en la valoración de la reforma llevada a cabo como en las expectativas que se pueden formular al respecto. En suma, antes de poder afrontar con pleno conocimiento de causa el alcance de la reforma laboral de 2006, de poder hacer una previsión mínima de los efectos que la misma puede producir, resulta imprescindible identificar las causas principales desencadenantes de las elevadas tasas de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, en particular las razones que explican esa llamativa singularidad de nuestro mercado de trabajo respecto de otros países de nuestro entorno económico y cultural.

En esa perspectiva, lo primero que hay que resaltar es que importantes elementos de la temporalidad en nuestro mercado de trabajo se sitúan extramuros de la legislación laboral e incluso resultan refractarios a cualquier tipo de políticas públicas de incentivos económicos a favor de la estabilidad en el empleo. Sin que el orden sea necesariamente indicativo de la relevancia de cada uno de ellos, me interesaría apuntar las siguientes circunstancias.

ESPECIALIZACIÓN PRODUCTIVA Y TRABAJO ESCASAMENTE CUALIFICADO

A estas alturas parece bastante solvente considerar que existe una estrecha conexión entre el modelo de contratación laboral y la especialización productiva de nuestra actividad económica. En efecto, nuestra estructura productiva se concentra en cierto tipo de actividades caracterizadas por su

estacionalidad o sometimiento a importantes cambios en la intensidad de mano de obra requerida, lo que por derivación provoca que la composición de nuestra población asalariada acentúe el elemento de inestabilidad en la ocupación. Y este constituye un marcado elemento diferencial con otras economías europeas. Por sólo citar algunos ejemplos bien conocidos por todos, el nivel de actividad y de ocupación en sectores tales como la construcción, el turismo, la transformación de productos agrarios y similares es notablemente superior a economías desarrolladas próximas a la nuestra.

A su vez, ciertas empresas de servicios, que despliegan actividades de apoyo, complemento, suministro o asesoramiento a las ya citadas, por derivación también sufren por entendernos esta «contaminación» de la temporalidad. De este modo, por situarnos en el terreno de lo ejemplificativo, en las zonas turísticas, la estacionalidad no se convierte ya en una seña de identidad de las empresas de albergues y hostelería, sino todo el conjunto de la zona geográfica dependiente indirecta de la actividad turística con ese carácter de estacionalidad conocida bajo la fórmula de «sol y playa».

Dicho pues en clave jurídica, por mucho que se ajuste técnicamente el principio de causalidad en la contratación temporal y se atajen los usos indebidos de las diversas modalidades, los niveles de temporalidad no se llegarán a reducir sustancialmente en esos sectores productivos mientras que los mismos vengan caracterizados por la estacionalidad y nuestra economía no se reorienta en su especialización productiva.

Al mismo tiempo, y en cierto modo solapándose con lo anterior, el fuerte crecimiento del empleo que se ha producido en los últimos tiempos en nuestro país ha afectado principalmente a ocupaciones con bajos niveles de cualificación profesional, donde la fungibilidad del trabajador empleado es muy elevada y, por tanto, donde es relativamente fácil desarrollar políticas de contratación de intensa rotación de la mano de obra. En estos trabajos la experiencia profesional en el puesto no constituye un incentivo fuerte para motivar a las empresas a contratar indefinidamente a tales trabajadores. La prueba más evidente es que la tasa de temporalidad resulta considerablemente más elevada entre los trabajadores menos cualificados que entre los profesionales de elevada cualificación, al menos una vez transcurrida una primera fase de experiencia profesional. En esos términos, puede llegar a producirse el fenómeno de que trabajadores de cierta cualificación profesional, que formalmente podrían ser contratados en ciertos sectores como temporales a través del contrato para obra o servicio determinado, la empresa opta por contratarlos indefinidamente como mecanismo de fidelización. Incluso en esa línea de motivación a los trabajadores cualificados se advierte como es superior el número de contratados por medio de contratos indefinidos ordinarios, utilizándose en menor medida para ellos el contrato de fomento de la contratación indefinida con indemnización por despido objetivo improce-



dente inferior, a pesar de que de nuevo formalmente pudiera ser admisible tal utilización. Es razonable, pues, que en el punto de mira de las políticas de empleo se dirija a los trabajadores menos cualificados en detrimento del resto, pues en estos otros puede presumirse que el peso muerto de los incentivos se incrementa notablemente. En estos términos es muy oportuna la medida adoptada con la reforma de cuantificar los incentivos en términos absolutos, idénticos para cualquier contrato, abandonando el sistema de porcentajes, con lo cual en la práctica en términos relativos la reducción de costes es superior a favor de los trabajadores menos cualificados. En todo caso, también hemos de desembocar en la misma conclusión: en tanto que mantengamos un modelo de empleo de baja productividad y con niveles igualmente bajos de cualificación profesional, la presión hacia tasas superiores de temporalidad se mantendrá.

EL PROCESO DE INMIGRACIÓN

Coincidente con lo anterior, el intenso proceso de inmigración de los últimos tiempos en nuestro país ha acentuado estos datos de especialización productiva y creación de empleo de baja cualificación profesional, con resultados similares en lo que refiere a la contratación temporal en nuestro mercado de trabajo. Como dato coyuntural, pero no por ello desdeñable, los procesos de regularización efectuados, particularmente el último de ellos, ha producido un efecto beneficioso de afloramiento de cierta economía sumergida, con incremento de la regularidad de la contratación laboral de los inmigrantes, si bien se ha llevado a cabo a costa de facilitar la contratación temporal. Por ejemplo, téngase en cuenta que la regularización como requisito formal exigía un compromiso de contratación temporal, de modo que aunque no fuera ésta la pretensión del procedimiento, de forma colateral sí que ha podido provocar el efecto de incrementar la contratación temporal en nuestro mercado de trabajo. Más aún, a partir de ahora la presencia de un importante segmento de población inmigrante entre nosotros puede provocar una influencia a tomar en consideración en ciertas actitudes respecto de la forma de inserción en el mercado de trabajo. Me refiero sobre todo al hecho de que al venir esta población de sociedades caracterizadas por un escenario económico de mucha mayor inestabilidad, su valor por excelencia es el de encontrar empleo, colocando en un lugar muy secundario el valor de la estabilidad y seguridad en el empleo, al menos mientras tengan ciertas expectativas de rotación de empleo entre unas y otras empresas; puede suceder que en una sociedad cada vez más «multicultural» los valores de estabilidad laboral tradicionales en nuestro entorno se extiendan en menor medida entre la población inmigrante. A tenor de ello, pueden ser decisivas

el conjunto de las políticas de integración social de los inmigrantes en nuestro país, entendida la expresión en el sentido positivo del término de asimilación del modelo de Estado social, en el que el ordenamiento jurídico posee un valor relevante de ordenación de los mercados, entre ellos el propio de trabajo.

LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Igualmente la tendencia a la universalización de las técnicas de la descentralización productiva en nuestro sistema de gestión empresarial contribuye a la generalización de la temporalidad en actividades que hasta el presente presentaban mayores niveles de estabilidad laboral. En efecto, la incertidumbre de continuidad de la actividad que pende sobre la empresa contratista en los modelos de descentralización productiva, derivada de la inseguridad en cuanto al mantenimiento de la relación mercantil con la empresa principal, se viene a trasladar a su política de personal. Ello es indiscutible que ha venido favorecido por una fuerte extensión a la práctica contractual del criterio interpretativo permisivo del establecimiento de una vinculación inmediata entre la duración del contrato mercantil y el correspondiente contrato laboral de los empleados destinados a la ejecución de la contrata. Con independencia de que sean permanentes las necesidades de ejecución de esa actividad dentro del ciclo productivo de la empresa principal, el carácter temporal del vínculo con la empresa auxiliar rompe la relación de causalidad, supera la perspectiva sustancial del principio de causalidad en la contratación temporal, para fijarse en la perspectiva formal del mismo principio. Dicho de otro modo, si se me permite la expresión, parte de la ajenidad en los riesgos habitualmente propia del contrato de trabajo, se elimina respecto del devenir de la actividad de la empresa contratista respecto de los empleados adscritos a la ejecución de la contrata; los riesgos de la continuidad de la relación mercantil entre empresa principal y contratista pasa a asumirlos también el trabajador y no exclusivamente la empresa. Así, lo que en el pasado eran puestos de trabajo ocupados por tiempo indefinido en un régimen de centralización productiva, devienen hoy en día automáticamente temporales en un escenario de externalización productiva.

Éste ha sido con seguridad uno de los elementos más debatidos en el curso de la negociación de la reforma laboral de 2006, si bien finalmente las partes han desistido de cualquier pretensión de reforma directa del *statu quo* creado tras la consolidación de la bien conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

En esta materia se aprecia el ejemplo más emblemático del contexto de las posiciones de las partes que han sido protagonistas de la concertación de la presente reforma laboral. Aunque no sea el único caso, pero sí es el



más evidente de los resultados finales del contenido de la reforma. Me refiero al hecho, al mismo tiempo positivo y en parte de bloqueo, de una reforma llevada a cabo bajo la premisa inalterable de que la misma tenía que ser necesariamente el resultado de la concertación social, del concurso de voluntades entre los agentes sociales y el Gobierno. En efecto, ello muestra la señalada dificultad de lograr cambios profundos cuando nos enfrentamos a un fuerte dilema. De un lado, las reformas precedentes acometidas de forma unilateral, sin ser resultado de un acuerdo de concertación, devienen ineficaces en la práctica, por cuanto que surgen fuertes resistencia a su aplicación en la realidad cotidiana de las relaciones laborales; por ello, a lo largo de todo el proceso de concertación, desde su inicio hasta su final, sólo se aceptaba un panorama en el que la reforma a llevar a cabo fuera resultado del consenso trilateral entre todos los protagonistas. De otro lado, en esa tesitura, las reformas concertadas se logran en base a un difícil equilibrio en las posiciones de las partes, donde si éstas actúan con la conciencia de que la reforma sólo se va a producir en la medida en que se logre el consenso entre todos, el contenido material de la misma viene también fuertemente limitado: las partes poseen un fuerte poder en negativo, de veto que les permite excluir todo cuanto les desagrada de las propuestas de los otros, pero en igual medida poseen una intensa debilidad en cuanto su capacidad de convencimiento de introducción en positivo de sus propias propuestas. En definitiva, se desemboca en un escenario en el que se acaba logrando el pacto sobre la premisa de descartar y aparcas los contenidos más polémicos y delicados.

En todo caso, no se puede descartar que las nuevas reglas introducidas en lo que se refiere a los límites máximos a la sucesión o encadenamiento de contratos pueda llegar a tener un impacto importante indirecto en los mecanismos de uso de la contratación temporal por parte de las empresas contratistas en un fuerte contexto de descentralización productiva con relaciones materialmente estables con la empresa principal. Dependerá ello en cierta medida de cómo se interprete la expresión «para el mismo puesto de trabajo» en la nueva redacción del precepto, así como de la actuación futura por parte de la negociación colectiva en la introducción de reglas complementarias en lo que refiere a la utilización de diversos trabajadores para un mismo puesto de trabajo. Pero, sobre todo, dependerá de la capacidad de rotación de trabajadores, de fungibilidad del empleado en la ejecución del puesto de trabajo, particularmente si se mantienen las opciones empresariales de huir de la contratación indefinida, buscando los resquicios legales que permitan mantener la política tradicional de contratación temporal.

Del mismo modo, efectos indirectos de limitación de la temporalidad se pueden producir en el uso desmesurado de las llamadas empresas de servicios, particularmente si la nueva definición de la cesión de trabajadores prohibido es interpretada en su aplicación en consonancia con lo que es la

finalidad buscada de atajar los usos más abusivos de este tipo de empresas de servicios, que acaban presionando al alza de la contratación temporal. Ha de tenerse en cuenta que los espacios ocupados hoy en día por las empresas de servicios no son alternativos a los correspondientes a las empresas de trabajo temporal, por cuanto que en lo sustancial las primeras atienden a necesidades de empleo permanentes de la empresa principal que no podrían ser proporcionadas a través de contratos de puesta a disposición. Por ello es razonable pensar que una restricción en el uso de las empresas de servicios lo que provocaría sería un incremento de la contratación por parte de las empresas y por añadidura con fórmulas de mayor estabilidad en el empleo, por cuanto que se recuperaría con ello el principio de causalidad desde la perspectiva material.

En relación con la extensión de los fenómenos de descentralización productiva, la realidad es muy plural y variada, de modo que resulta complejo efectuar generalizaciones al respecto. En unos casos, la externalización de actividades es el resultado de la propia complejidad del sistema económico, que exige de empresas especializadas por razón de los servicios que se prestan. En estos términos, la descentralización aporta una mayor eficiencia y productividad al sistema en general. Pero igualmente, en otras ocasiones la opción por la descentralización es un mero resultado de búsqueda de reducción de costes, de mera precarización laboral, que a la postre puede provocar una peor calidad del producto ofrecido al mercado y una reducción de la productividad. Dicho de otro modo, pueden identificarse fórmulas que responden a la fisiología del funcionamiento del sistema económico, mientras que en otros casos el resultado ha de valorarse como eminentemente patológico, en el que los elementos negativos tienen mayor peso que los positivos. Por ello, sería oportuno ir diseccionando sus manifestaciones, desarrollando políticas que eviten en la medida de lo posible las expresiones más perjudiciales de la externalización productiva.

Eso sí, las responsabilidades en esta materia son imputables a todos, pues unos y otros han podido contribuir a este resultado más negativo. De un lado, puede vislumbrarse una cortedad de miras en la gestión de personal, que proporcione un ahorro de costes en un primer momento, pero que en el medio plazo aporte más distorsiones y dificultades en la gestión del personal de las empresas. De otro lado, el bloqueo de ciertas necesidades de flexibilidad de condiciones de trabajo en las empresas, particularmente debido a los contenidos de los convenios colectivos también puede estar teniendo el efecto indeseado de acentuar las opciones empresariales de incremento de la descentralización productiva. En todo caso, sean cual sean las causas determinantes, lo cierto es que ciertas formas desmesuradas de descentralización productiva están ahondando en el modelo dual, de trabajadores en situación de fuerte inseguridad laboral frente a otros en posiciones



mucho más cómodas gracias a que las necesidades flexibilidad empresarial recaen de forma prevalente sobre los primeros.

Dicho de otro modo, en ciertas actividades el logro de la estabilidad de los unos ha de verificarse incorporando también una mayor flexibilidad en las condiciones de los otros, que son los que se encuentran en posiciones de mayor fortaleza contractual. Lo cierto es que en algunos ámbitos tenemos un modelo de flexibilidad y de estabilidad mal repartida, donde unos sopor-tan el grueso de la temporalidad por cuanto que otros gozan de las mayores dosis de seguridad laboral del sistema.

Como hemos apuntado al inicio, la presente reforma laboral de 2006 comporta sustancialmente un intercambio entre fomento de la estabilidad y aportación de reducción de costes laborales, a diferencia de lo que se intentó en otras reformas precedentes de propiciar un intercambio entre estabilidad en el trabajo y flexibilidad en las condiciones laborales. Eso sí, en esta ocasión ello no ha sido viable, a nuestro juicio sobre todo por cuanto que los posibles cuellos de botella de la flexibilidad requerida no se encuentran en la norma estatal propiamente dicha sino en los contenidos de ciertos convenios colectivos, de modo que la efectividad de esta reforma también se hace depender de cuál sea la actitud de los representantes sindicales y empresariales en los futuros procesos negociales de renovación de los contenidos de ciertos convenios colectivos.

LA TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Mención particular merece el panorama de la temporalidad dentro de las Administraciones Públicas. Como en muchas otras materias, el empleo público se somete a reglas particulares, no sólo debido a que su régimen jurídico sea marcadamente diferenciado, sino sobre todo a la circunstancia de que el funcionamiento de la propia Administración Pública difiere notablemente del propio del sector privado. En esta materia se observa una llamativa paradoja. De un lado, el personal al servicio de la Administración Pública —sea funcionario o laboral— ha gozado tradicionalmente de dosis muy elevadas de estabilidad en el empleo, incluso en el momento actual comparativamente con el sector privado sus tasas de temporalidad son mucho más reducidas. Sin embargo, de otro lado, cuando se atiende a la evolución más reciente, resulta algo sorprendente constatar como la tendencia en la última década es a una reducción perceptible de la temporalidad en el sector privado, mientras que en el ámbito de la Administración Pública se aprecia un importante crecimiento del personal en situación de vinculación temporal a la misma, lo sea como funcionario interino o bien ello responda a una fuerte presencia de personal contratado temporalmente en régimen la-

boral, sin olvidar la pervivencia de formas más o menos espurias de utilización de contratos administrativos específicos materialmente laborales.

Las claves determinantes de la temporalidad en la Administración Pública no son las mismas que las que se aprecian en el sector privado, resultan menos preocupantes, pero no por ello se puede dejar de lado lo que está sucediendo en este ámbito, cuando menos al efecto de poder explicar la dirección opuestas de las tendencias en uno y otro ámbito. La reforma laboral de 2006 está concebida para incidir de forma inmediata sobre la temporalidad en el sector privado, si bien desde el instante en que también hay un porcentaje considerable de empleados públicos sometidos a la legislación laboral, técnicamente las reforma también les alcanza a ellos, al extremo que incluso se prevé alguna regla específica, no poco confusa en su redacción, en lo que refiere a los efectos de un exceso en los encadenamientos de contratos laborales superando los máximos temporalmente admitidos. Tampoco está de más recordar que en paralelo discurre una proyectada aprobación de un Estatuto del empleado público, que también puede tener incidencia sobre la materia en cuestión.

Para empezar conviene tener presente que los efectos y el alcance de la temporalidad en uno y otro ámbito no son idénticos, sobre todo por cuando que en muchas ocasiones la formalidad de la temporalidad no coincide con una situación de inestabilidad laboral desde el punto de vista material. Me refiero al hecho de que en un número significativo de situaciones la temporalidad se dilata en el tiempo a través de fórmulas legales diversas, de modo que el sujeto afectado, aunque pueda pender de una cierta espada de Damocles, sustancialmente acaba encontrándose en una situación de palpable estabilidad en su vinculación con la Administración Pública. Por decirlo llanamente, en algunas ocasiones se trata de empleados temporales permanentemente vinculados a la Administración; en algunas Administraciones llegamos a observar situaciones sorprendentes de funcionarios que se jubilan como interinos. Aunque la forma de gestionar las plantillas por parte de las Administraciones Públicas sea poco ortodoxa y en muchas ocasiones manifieste un resultado marcadamente patológico, desde el punto de vista real de las cosas acaba siendo una situación de estabilidad en lo material aunque lo sea de temporalidad en lo formal.

Probablemente en el ámbito de la Administración Pública sea donde se constate más palmariamente la dualidad de situaciones en las condiciones de trabajo de unos y otros empleados públicos, en el sentido antes aludido de reglas rígidas e inamovibles para unos, que provoca como efecto derivado estrategias de huida por parte de la Administración Pública buscando instrumentos alternativos que proporcionen la flexibilidad que no obtiene en su personal más «funcionarizado», entendido el término en su sentido peyorativo. De este modo, el personal que queda al margen de ese escenario



de hiperprotección es el que soporta en mayor medida las necesidades de flexibilidad que requiere la eficiencia de la propia Administración Pública.

Incluso habría que tener presente que hoy en día la propia Administración Pública ha generalizado notablemente las fórmulas de gestión privada de servicios públicos, de subvenciones a entidades sin fines de lucro para la ejecución de ciertas actividades y, más ampliamente, de externalización de ciertas actividades antes gestionadas directamente, con lo cuál no sólo ha trasferido ámbitos al espacio propio de la legislación laboral asumido por el sector privado, sino que como efecto colateral ha podido propiciar el incremento de la contratación temporal en ese sector privado con el que se relaciona. Dicho de otro modo, esas nuevas técnicas de gestión por parte de las Administraciones Públicas no sólo provocan incrementos de la temporalidad en el personal propio de las mismas, sino con mayor alcance están presionando sobre la temporalidad presente en el sector privado que contrata o ejecuta concesiones administrativas.

Por último, sin poder desmenuzar con el debido detalle la notable complejidad de la materia, es necesario también resaltar como en muchas ocasiones las fórmulas cada vez menos estables de financiación de ciertos servicios públicos no sólo repercute negativamente sobre su calidad, sino también sobre la estabilidad laboral del personal destinado a su ejecución. Ello es particularmente apreciable en el ámbito de las Administraciones locales, donde no es casual sea donde se aprecien los índices más elevados de contratación temporal. Es allí donde peor se encuentra resuelto el sistema público de financiación de sus presupuestos, de forma que ciertos programas de actuación no tienen garantizada su continuidad en el tiempo, por cuanto que la misma depende de subvenciones o aportaciones económicas de otras Administraciones, lo que acaba repercutiendo sobre la estabilidad laboral del personal adscritos a los mismos.

LA DEPENDENCIA DE LA SENDA: LA CULTURA DE LA TEMPORALIDAD

Al propio tiempo, por muchos se ha señalado también con razón cómo en esta materia influye con fuerza lo que viene a denominarse la «dependencia de la senda»: implantado en un momento dado un modelo que facilitaba la contratación temporal acausal, señaladamente a través del contrato temporal de fomento del empleo, eliminada ésta posibilidad del ordenamiento laboral vigente, incluso desaparecidas en gran medida las razones que en su momento pudieron justificar la introducción de ese modelo de incentivo de la contratación temporal, sin embargo los esquemas de los gestores de personal en la empresa se han adaptado a un determinado modelo de composición de las plantillas, manifestándose fuertes resistencias al cambio. En mu-

chas ocasiones se ha indicado que la introducción de las políticas de temporalidad en la contratación laboral se produjo para dar respuesta a las elevadas tasas de desempleo existentes en nuestro mercado de trabajo y ante la imposibilidad por razones políticas de actuar sobre otros frentes de flexibilidad laboral. Eso sí, una vez recuperado un fuerte ritmo de crecimiento del empleo, reducidas sustancialmente las tasas de desempleo, incluso introducidos mecanismos alternativos de flexibilidad laboral en nuestro ordenamiento jurídico, las prácticas empresariales en la gestión de sus plantillas se encuentran ya tan asentadas que la recuperación «formal» del principio de causalidad en la contratación temporal no produce los efectos «materiales» de reintroducción de ese principio de causalidad en el funcionamiento efectivo de nuestro mercado de trabajo. Mientras que en su momento la introducción del modelo de la flexibilidad basada en la temporalidad se verificó con enorme facilidad y celeridad a impulsos del cambio legislativo, la corrección de la senda por actuación de signo inverso por parte del mismo legislador resulta mucho más difícil, compleja y lenta. Asumido e interiorizado el modelo de temporalidad, son notables las resistencias a la búsqueda de alternativas al mismo. La inercia lleva a la consolidación de lo que se ha denominado la «cultura de la temporalidad», nada fácil de romper en unos esquemas fuertemente interiorizados.

Así, se ha interiorizado por todos que la primera contratación laboral, particularmente la primera inserción de la población juvenil ha de verificarse en clave de contratación temporal. De este modo, la conversión en indefinido de esos contratos temporales de primera inserción en la empresa se presenta como un mecanismo de reconocimiento de méritos adquiridos en la cultura de la empresa y, a la postre, de promoción profesional. En sentido inverso, más allá de cuál sea la configuración institucional en la legislación laboral del régimen de contratación, ese primer contrato temporal se le hace funcionar como un a modo de «periodo de prueba», superándose con ello por la vía de los hechos los límites máximos del estricto periodo de prueba previstos legal y convencionalmente. Dicho en clave jurídica, al margen de que funcionalmente no esté permitido por parte de nuestra legislación laboral este uso de la contratación laboral temporal entre los jóvenes en su primera incorporación al mercado de trabajo, lo cierto es que desde una perspectiva sociológica hay indicios suficientes en nuestra realidad cotidiana como para poder presumir que se trata de prácticas generalizadas de uso de la contratación temporal más allá de lo que es su ámbito formal de actuación desde el punto de vista jurídico-positivo.

En esta línea, se advierte igualmente la lógica de que la reforma haya introducido como colectivo indiferenciado a incentivar, por vía de reducciones en la cotización a la Seguridad Social, del conjunto de la población joven entre los 16 y 30 años, amos inclusive. Mientras que ese dato de edad



no figuraba en los Programas de fomento de empleo precedentes entre los genéricos determinantes del fomento de la contratación indefinida, se incorpora ahora como novedoso, pudiendo ello coadyuvar a romper con una de las dinámicas más emblemáticas derivadas de la asentada cultura de la temporalidad entre nuestras empresas. Eso sí, la cautela debe presidir siempre las posibles previsiones de impacto de estas medidas, en cuanto que como indicamos la complejidad de la materia y el asentamiento de las prácticas interiorizadas no hace fácil cambiar las preferencias de los gestores de la contratación laboral.

Esa cultura de la temporalidad se extiende a todos los ámbitos, incluso a actividades donde se podría presumir que es de todo punto innecesaria por cuanto que concurre un régimen de extinción contractual de plena libertad resolutoria. Por poner un ejemplo notablemente llamativo, y paradójico en unos esquemas de pura lógica en lo que suele ser el debate actual. Resulta cuando menos sorprendente que unas de las actividades donde las estadísticas muestran unas significativas tasas de temporalidad en la contratación lo sea en el servicio doméstico, que como se sabe se encuentra sometido a una relación laboral especial donde una de sus particularidades más señaladas reside en que el empleador ostenta una plena facultad de desistimiento, donde puede resolver unilateralmente el contrato de trabajo en cualquier momento, sin necesidad de alegar causa justificativa alguna para ello, cuya indemnización es reducida y en todo caso idéntica a la extinción por expiración del tiempo convenido.

Ello hace pensar que en el modelo de contratación temporal imperante en nuestro sistema juegan con fuerza factores no exclusivamente vinculados al coste del despido, pudiendo ser éste de superior influencia. Recuérdese que, como indicamos, la temporalidad desempeña un rol plurifuncional, en el que la finalidad buscada por la empresa es múltiple, no exclusivamente centrada en adaptar las dimensiones de sus plantillas a los cambios de la demanda del mercado de bienes y servicios. Juegan a la postre también factores relativos a diferenciales de condiciones de trabajo entre fijos y temporales, a pesar del principio jurídico general que lo veda, así como también juegan elementos de poder contractual en el ámbito de las relaciones mutuas.

LOS FALLOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS NIVELES MACRO Y MICRO

Asimismo en el modelo de temporalidad implantado en nuestro sistema están presentes importantes fallos de coordinación entre el nivel macro y el nivel micro, que no pueden desconocerse. En efecto, suele ser ya lugar

común afirmar que al conjunto de la sociedad, incluido el funcionamiento general del sistema económico le perjudica este modelo de contratación temporal. Se pone el acento en estos casos en las consecuencias negativas de la temporalidad sobre el consumo familiar, la formación profesional sólida y orientada en una perspectiva de continuidad en el tiempo, la productividad del trabajador, los costes de desempleo debido a los elevados mecanismos de rotación del empleo y elementos similares que acaban repercutiendo sobre la competitividad de nuestra economía.

Eso sí, ésta puede ser la perspectiva macro del funcionamiento del sistema económico. Pero en paralelo, desde la perspectiva micro de las opciones de una concreta empresa y de sus intereses en el corto plazo la opción por la contratación temporal puede ser beneficiosa. Las empresas debe presumirse que en lo sustancial efectúan opciones racionales, optando por los márgenes de temporalidad en sus plantillas que mejor se adaptan a sus necesidades y al contexto institucional en el que se desenvuelven. Dicho con un ejemplo muy simple, aunque pueda ser criticado por su parcialidad en el análisis, a un promotor inmobiliario puede interesarle que los compradores de sus pisos tenga un fuerte aval frente a las deudas que asumen por vía de gozar de una constatable estabilidad en el empleo, pero al propio tiempo cuando procede como constructor a la contratación de sus empleados prefiere hacerlo con contratos temporales. Del mismo modo, tampoco puede desconocerse que en ocasiones se puede presentar también una disparidad de intereses entre lo que puede ser favorable para la empresa que necesita contratar a un nuevo trabajador y lo que le sugiere quien le asesora en esa contratación.

Todos estos fallos de coordinación han de tenerse muy presentes a la hora de afrontar este asunto, así como a la hora de diseñar las políticas públicas de intervención de esta materia, por cuanto que en esa lógica son ineficaces muchas de las acciones de convencimiento a ciertos gestores de personal en orden a resaltarles las bondades personales que les proporcionan las estrategias de potenciación de la estabilidad en el empleo, por cuanto que ello lo es respecto del sistema en su conjunto, pero puede que no lo sea para quien en cada caso concreto adopta las decisiones de contratación laboral.

LA SUPERIOR COMPLEJIDAD DE LAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS DE FLEXIBILIDAD

En esa misma línea también incide la circunstancia de que la sustitución de las políticas de contratación temporal por fórmulas alternativas de flexibilidad, más razonables y menos perniciosas sobre la estabilidad en el empleo, comportan una superior complejidad en la gestión de las plantillas.



Esas fórmulas de flexibilidad laboral requieren de una mayor planificación a medio plazo de las dimensiones de las plantillas en función de la edad, de la cualificación profesional, de la capacidad de reciclaje profesional, de los cambios previsibles en la evolución de la actividad, del diseño de las funciones, de la gestión de la flexibilidad horaria, etc. En las medianas y grandes empresas requiere también de una superior complejidad en las relaciones sindicales con los representantes de los trabajadores en la empresa, de modo que el esfuerzo de consenso de la flexibilidad se presenta superior. Por todo ello, han de reforzarse los incentivos a favor de esas fórmulas alternativas de flexibilidad, así como asumir la idea de que a medio plazo esos mecanismos alternativos aunque más complejos acaban siendo más eficientes.

ELEVADO INCREMENTO DEL VOLUMEN DE CONTRATACIÓN TEMPORAL: ABUSOS Y TOLERANCIA

Por último, la fuerte extensión de la temporalidad entre nosotros ha provocado un modelo en el que el volumen de contratos laborales celebrados mensual y anualmente es elevadísimo, por cuanto que ello ha venido acompañado por una generalización de una contratación temporal de muy escasa duración en el tiempo. Las propias nuevas tecnologías aplicadas a los procesos de colocación y de contratación laboral ha facilitado fórmulas de contratación de corta duración impensables en el pasado, así como la celebración de un número tan elevado de contratos temporales. Así, en unas cifras globales de una población asalariada total de menos de 16 millones de trabajadores, anualmente se vienen a registrar en los servicios públicos de colocación más de 17 millones de contratos; cifra que era inferior a la mitad hace apenas una década. Ello supone en las siempre falsas distribuciones estadísticas formales, la asignación de más de un contrato anual por asalariado. En un dato algo más aproximativo, referido a los en torno a 5 millones de trabajadores temporales existentes en nuestro mercado de trabajo, la media formal sería de tres contratos anuales para cada uno de ellos. El dinamismo en estos términos de los mecanismos de contratación laboral desborda cualquier pretensión de control de su licitud. Efectuar un control efectivo sobre la legalidad y corrección de un número tan elevado de contratos resulta una tarea prácticamente imposible de materializar. La técnica judicial deviene de todo punto inútil, la capacidad de la Inspección de Trabajo resulta limitada y la propia acción sindical sólo tiene incidencia real sobre las empresas de medianas y grandes dimensiones.

Dicho de otro modo, en un contexto en el que el número de contrataciones es tan notable, donde concurre una fuerte dispersión por las dimen-

siones bien reducidas en el tamaño medio de nuestras empresas, con una cultura de la temporalidad muy asentada con el transcurso del tiempo, las prácticas de incumplimiento de la legislación laboral son difíciles de atajar. En estos términos, en aquellos ámbitos en los que se esté verificando una intensa contratación temporal irregular, un abuso manifiesto de la contratación temporal, donde no se respeten los condicionantes derivados de las limitaciones legales a tenor del principio de causalidad en la contratación temporal, es fácil que se extienda una significativa sensación de impunidad frente a las conducta ilícitas, en la medida en que desde hace ya tiempo se haya elevado el nivel de tolerancia frente a los incumplimientos de los requisitos legales de la contratación temporal. Si a ello se añade que la sanción contractual va ponderada en función de la antigüedad del trabajadores en la empresa y los elevados índices de rotación provocan un palpable acortamiento de las duraciones medias de los contratos temporales, se asume con mayor naturalidad el riesgo derivado de una extinción contractual improcedente en la que la indemnización a abonar resulta reducida. Ello explica en gran medida que en los últimos tiempos se haya puesto el punto de mira en la oferta de incentivos económicos a la contratación por tiempo indefinido, a la vista de la pérdida de efectividad de las medidas de vigilancia y control de las prácticas contractuales abusivas.

No obstante ello, ante contextos generalizados, en ciertas actividades o en algunos sectores, de prácticas abusivas en la contratación temporal las medidas ejemplarizantes también son necesarias. Por ello, pueden tener una importante incidencia las nuevas reglas introducidas por la reforma en orden a limitar la contratación sucesiva que se materializa en un injustificado encadenamiento de contratos, así como la nueva concreción de la cesión de trabajadores prohibida legalmente. Su efectividad depende en gran medida de la interpretación de algunos de los interrogantes abiertos por la redacción dada al tope temporal establecido legalmente o al grado de innovación introducido con la nueva redacción del art. 43 ET. Pero, sobre todo, depende de la voluntad de adoptar en su arranque aplicativo medidas ejemplarizantes, que transmitan un claro mensaje a sus destinatarios en orden a indicarles que prácticas contractuales toleradas en el pasado no lo serán a partir de ahora.

JESÚS CRUZ VILLALÓN
El Director



1

Estudios







NUEVAS REGLAS, NUEVOS PROBLEMAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

En este trabajo se aborda la reforma en materia de contratación temporal realizada por el RDL 5/2006, de 9 de junio. Aunque se trata de un análisis de conjunto se hace especial hincapié en el nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que supone una importante fisura en el tratamiento de la contratación temporal causal tradicional en nuestro sistema al introducir una de las limitaciones posibles previstas por la Directiva 99/70, sobre el trabajo de duración determinada, pero añadiendo la fijeza del trabajador como consecuencia de ese límite.

Ello va a representar la instauración de una especie de plus nacional respecto de las exigencias del Derecho comunitario en la prevención de las prácticas abusivas, pero que aleja, no obstante, junto con el juego de los términos o plazos máximos, las exigencias propias de la causalidad en la contratación.

La delimitación, pues, de las exigencias normativas: mismo trabajador, misma empresa y mismo puesto de trabajo; además del cumplimiento objetivo del al menos dos contrataciones y la suma de un periodo mínimo de 24 meses en el arco de referencia de 30 mensualidades, constituye el objeto central de análisis. Del que cabría destacar: su no aplicabilidad en el caso de las relaciones laborales de carácter especial o con un régimen legislativo específico; la dificultad de conceptuar lo que se ha de entender por puesto de trabajo, que no ha de ser igual a tareas equivalentes sino algo más organicista —para lo que la negociación colectiva sí está específicamente indicada—; la posible compatibilidad aún del nuevo régimen jurídico con la construcción jurisprudencial sobre ruptura secuencial si media un plazo superior a los 20 días —aunque no esté ya operativa a efectos salariales—; y su aplicabilidad tanto a supuestos de contratación lícita como de carácter irregular, sin llegar a afectar, eso sí, los supuestos de descentralización productiva —por ausencia de relación entre el trabajador y la empresa finalmente beneficiaria—, más allá de la previsión específica sobre el contrato de puesta a disposición.

De otra parte, se aborda también la llamada a la negociación colectiva para prevenir la contratación temporal abusiva de distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo y su necesaria coordinación con el mandato directo que limita el encadenamiento contractual con el mismo trabajador, no siempre clara, al menos por lo que al ámbito funcional de los convenios se refiere, que parece ha de ser sectorial más que de empresa para ese objeto.

Finalmente se analizan las transformaciones que se han operado en relación con los contratos formativos, el contrato de inserción (supresión) y el papel de la contratación temporal como fomento del empleo en la actualidad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: PROBLEMA LOCAL, TRATAMIENTO INTERNACIONAL
2. LOS ANTECEDENTES EN NUESTRO SISTEMA
3. EL CONTENIDO DE LA REFORMA DE 2006 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL
 - 3.1. La sucesión de contratos temporales por encima de los topes legales
 - 3.1.1. Ámbito objetivo: contratos encadenados
 - 3.1.2. «Un mismo trabajador para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa»
 - 3.1.3. La vinculación por un periodo de 24 meses en 30
 - 3.1.4. La conversión en fijo del trabajador temporal
 - 3.1.5. La llamada a la negociación colectiva
 - 3.1.6. Alguna reflexión final
4. LA REFORMA DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS
5. LA SUPRESIÓN DEL CONTRATO DE INSERCIÓN
6. CONTRATOS TEMPORALES ESTRUCTURALES Y FOMENTO DEL EMPLEO: LA REGLA Y SUS EXCEPCIONES

1. INTRODUCCIÓN: PROBLEMA LOCAL, TRATAMIENTO INTERNACIONAL

La justificación de la línea normativa a la que se va a hacer referencia —que constituye una de las claves más características de la reforma operada por el RDL 5/2006— es, como casi todo el RDL, el incremento de la calidad del empleo en España, a través de la reducción de la tasa de temporalidad, que era y sigue siendo, una de las más altas de la OCDE, a pesar de las sucesivas reformas que en este sentido han ido aprestando los diversos Gobiernos desde 1997 y de las Recomendaciones comunitarias en este sentido, como pusieron de relieve, entre otras muchas voces, las de los Expertos que realizaron el Informe que de alguna manera está en la base de la reforma misma.

Se trata de un objetivo, además de razonable por sí mismo, inserto en las más recientes orientaciones comunitarias en materia de empleo, en general y en estricta referencia a nuestro país. En efecto, como se ha puesto de relieve entre nosotros, la valoración cualitativa del trabajo ofertado en un mercado de trabajo ha ido surgiendo progresivamente en los documentos comunitarios hasta alcanzar dimensiones verdaderamente transversales en las Directrices en materia de empleo elaboradas en el marco del proceso de Lisboa, sobre todo a partir de las Directrices de 2003¹.

¹ Un interesante estudio diacrónico de la emersión del propio concepto de calidad en el trabajo, y su interiorización en las acciones comunitarias en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., en AAVV «Libro Blanco sobre la Calidad en el Empleo en Andalucía: estabilidad y seguridad laboral», *Mergablum*, CARL, Sevilla 2005, págs. 133 y ss.

Se trata sin duda de una apuesta arriesgada, pues la definición de «calidad» en el empleo al uso en textos comunitarios es una descripción multidisciplinar que afecta a la estructura misma del contrato de trabajo, a su dinámica y a las características serviciales del propio funcionamiento del mercado de trabajo. De este modo las directrices de 2002 (Declaración del Consejo 18 febrero 2002, DO-L num. 6, de 1 de marzo de 2002) nos recuerdan que esta noción podría incluir varios ámbitos, «tanto las características del puesto de trabajo (como la cualidad intrínseca del mismo, las competencias, la formación y la educación a lo largo de toda la vida y el desarrollo de la carrera) como el marco más amplio del mercado de trabajo, que engloba la igualdad entre hombres y mujeres, la salud y la seguridad en el trabajo, la flexibilidad y la seguridad, la integración y el acceso al mercado de trabajo, la organización del trabajo y el equilibrio entre la vida laboral y privada, el diálogo social y la participación de los trabajadores, la diversidad y la no discriminación y la eficacia y la productividad general del trabajo»².

Sin embargo de la amplitud de una noción como la descrita, la experiencia comunitaria demuestra cómo uno de los vectores clásicos de intervención en las áreas de la calidad en el empleo ha sido la lucha por una adecuada utilización y un efectivo incremento de las garantías inherentes al «trabajo atípico», al trabajo temporal en su mayor parte. Una acción que se mueve entre dos ámbitos:

- el primero, que el trabajo temporal en sí mismo no es *a priori* desechable como una institución, llamemos, «mala» para los trabajadores. El trabajo temporal puede ser razonable y necesario en el marco de las necesidades de una empresa acuciada por los condicionantes competitivos que le imponen rápidas respuestas a las exigencias del mercado. En esas circunstancias, el recurso al trabajo temporal causal no es ni bueno ni malo. Es, sencillamente, necesario.
- el segundo, que el objetivo a erradicar, y a contener, no es el trabajo temporal en sí, sino su uso injustificado, que genera inseguridades, descualificaciones y pérdida de perspectivas en la carrera profesional. Es esta forma de uso del trabajo temporal la que se opone frontalmente a la idea de calidad en el empleo antes descrita, haciendo prevalecer infundadamente unos intereses de flexibilidad empresarial que no se equilibran adecuadamente con el nivel de seguridad que debe generar para los trabajadores un mercado de trabajo eficiente.

² Sobre esta noción, *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, *op. cit.*, págs. 148 y ss.

Este es el sentido que parece tener la norma central a este respecto, la Directiva 1999/70, de 28 de junio, pues ya desde su preámbulo proclamaba el Acuerdo Marco del que la Directiva trae causa que «las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y los trabajadores». Añadiendo, además, que «los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades, y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores».

La conclusión obvia es que el texto de la Directiva se diseña en torno a tres ejes básicos, previa esta admisión palmaria del fenómeno de la contratación temporal: garantía de causalidad y no abusividad; equiparación de condiciones de trabajo y control colectivo.

Respecto del binomio causalidad/no abusividad, la Estipulación 5.^a del Acuerdo Marco se centra en la prevención del uso abusivo, imponiendo a los Estados la intervención en este terreno mediante la máxima objetivación posible del proceso de renovación de estos contratos, justo el punto donde reside el mayor peligro de consagrar la precariedad. Por eso se les impone adoptar «una o varias» de las medidas que a continuación se indican:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.
- b) establecer la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada.
- c) establecer el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Finalmente, se encomienda a los Estados miembros puntualizar en qué condiciones los contratos temporales «a) se considerarán sucesivos» y «b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido».

Se trata, como se ve, de admoniciones dirigidas directamente a los Estados, sin perjuicio de las previas consultas con los interlocutores sociales y del respeto a las prácticas legislativas y convencionales nacionales —la negociación colectiva puede colaborar, pero no es la destinataria del mandato y, al menos para la primera serie de medidas, la Directiva se limita a hacer propuestas de respuestas que, dentro de la lógica preventiva de la norma, incumbe acoger a los Estados. También queda un margen de libertad al legislador para la segunda tanda de medidas, que se adaptarán «cuando sea necesario».

Respecto del principio de igualdad de trato, la Estipulación 4.^a del Acuerdo marco consagra ampliamente su juego respecto del común de las condiciones de trabajo —en relación con «trabajadores fijos comparables»—, in-



cluso el cómputo de la antigüedad para el acceso a determinadas condiciones de trabajo. Siendo fijo el objetivo, en cambio, «las disposiciones para la aplicación de la siguiente cláusula las definirán los Estados miembros» (párrafo tercero).

La culminación de la tendencia a la igualdad de la Directiva se alcanza con el cuidado puesto en poner las condiciones que permitan al trabajador temporal «acceder a puestos permanentes» (Estipulación 6.^a), mediante la adecuada información individualizada de los puestos vacantes y la oferta de adecuada formación «para mejorar su cualificación profesional, el desarrollo de su carrera laboral y su movilidad profesional».

Y, finalmente, la contemplación de la *potencial tutela colectiva* cierra las previsiones de la Directiva, poniendo en manos de los representantes de los trabajadores esta tarea, mediante el acceso a la adecuada información sobre la situación del empleo temporal en la empresa.

Resulta obvio que el RDL 5/2006 se ha centrado en la primera de las ideas-fuerza que se acaban de exponer, dando una vuelta de tuerca en relación con la sucesión de contratos, equiparada en principio a un supuesto de abusividad potencial en la contratación temporal. De esta manera, adoptando la que se ha llamado perspectiva preventiva del abuso en la contratación temporal, se ha sostenido que en nuestro sistema se cierra la etapa de transposición de una Directiva, en cuyo proceso se detectaban fallos, como veremos más adelante ³.

2. LOS ANTECEDENTES EN NUESTRO SISTEMA

Como es sabido, la legislación española ha prestado anterior, casi desde las primeras leyes laborales, a la contratación laboral temporal, si bien, obviamente, el enfoque dado a la cuestión es diferente, según las épocas ⁴.

En un principio, presupuesta la temporalidad de todos los contratos salvo aquellos en que se pactara lo contrario, la reiteración de contratos tempora-

³ Una etapa que, sin embargo, algunos, con razón, consideraban cerrada, en especial con las garantías finalmente incorporadas en la ley 12/2001. Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Los contratos de trabajo de duración determinada (Dir. 99/70/CE)», en GARCÍA MURCIA, J., (coord) *La transposición del derecho social comunitario al derecho español* MTAS, Madrid 2005, págs. 285 y ss., en especial pág. 291: «la transposición de las reglas de la Dir. 99/70/CE al ordenamiento español no ha supuesto la necesidad de grandes cambios normativos en nuestro país, sino tan sólo la incorporación de alguna regla complementaria respecto de las preexistentes, coincidentes o más favorables que las comunitarias, lo que se produce fundamentalmente a través de ciertas modificaciones en el ET... introducidas por RDL 5/2001, de 2 de marzo», luego ley 12/2001.

⁴ Sobre el sentido de esta evolución vid. DURÁN LÓPEZ, F., *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1980.

les tácitos era la situación normal, y la existencia de un término expreso únicamente desencadenaba formas más estrictas de extinción sin causa, requiriéndose normalmente un preaviso. Es cuando la legislación —sobre todo en un principio las Ordenanzas Laborales— se decanta por la preferencia por el contrato indefinido cuando la fórmula causal adquiere su verdadera importancia como justificación de la exclusión de un contrato a la regla general de la contratación por tiempo indefinido. Y no es casual que esta visión excepcional llevase a la Ley de Relaciones Laborales, en 1976, a condenar con la fijeza *ipso iure* de todo contrato concertado al margen, también de las reglas legales de causalidad.

Es sabido también que la filosofía del Estatuto de los Trabajadores participaba de la de la LRL, pero sólo en cierta medida: admite ciertas causas (en una prolija fórmula que podía interpretarse que no era cerrada), al margen de los cuales el contrato era ilegal⁵, si bien se declaraba su indefinición temporal sólo cuando ésta obedecía a la auténtica naturaleza de lo pactado, pues cabía prueba en contrario de la temporalidad que en alguna manera difuminaba el sentido último de las reglas legales en aras del respeto al principio de realidad de los pactos; la otra opción es que se tratase de un contrato en fraude de ley —con la famosa lista de cadenas de contratos o causas ficticias—, en cuyo caso pervivía la fórmula de la LRL, que conducía a la declaración *ipso iure* del carácter indefinido del contrato.

Obsérvese que en el caso del contrato ilegal, simplemente no se generaba una sanción material, sino propiamente se desplazaba al empresario la carga de probar el hecho impeditivo de la pretensión del trabajador: la prueba de la temporalidad —fuese o no ajustada a los límites legales—, de modo que incluso en estos casos la causalidad, aunque irregularmente utilizada, cubría al contrato celebrado y desempeñaba su juego limitativo de la duración contractual. Sólo la ausencia de causa, o la causa falsa, quedarían in-

⁵ Mucha es la literatura y la jurisprudencia que reflejan el alcance del principio de causalidad en nuestro derecho. *Vid.* AGUILERA IZQUIERDO, R., «El principio de causalidad en la contratación temporal», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social* núm. 33, 2001, págs. 120 y ss; también SEMPERE NAVARRO, v., «Cuestiones generales» en VVAA SEMPERE NAVARRO (dir) *Los contratos temporales*, Aranzadi, Pamplona 2004, págs. 35 y ss; DE VICENTE PALACIO, A., *Contrato temporal por obra o servicio determinado: nuevas legislación y jurisprudencia*, Tiranto lo Blanc, Valencia 1998; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Los contratos de trabajo de duración determinada...» cit., pág. 295; ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE *Derecho del Trabajo* Civitas 2005, págs. 286 y ss. Una crítica a la «tosquedad terminológica» con el ET habla de «causas» en misma obra, pág. 286; Con claridad se ha pronunciado también la jurisprudencia sobre el sentido de las «causas» del art. 15.1 ET: STS-ud 20 marzo 2002 (5284), para la cual «(incluso tras la reforma de 1994) el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato por tiempo indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita»; en el mismo sentido SSTS ud 16 abril 1999 (4424); ud 26 octubre 1996 (7796); ud 15 diciembre 1996 (9615) ó ud 6 mayo 2003 (5765), entre otras.

cluidos en el ámbito del fraude de ley. Esta opción legal, ciertamente, devaluaba el juego de los topes temporales en los contratos de duración determinada pero, repito, no cuestionaba la causalidad, la necesidad real del contrato temporal, sin cuya concurrencia se desencadenaría la sanción más grave, reservada al fraude. De este modo el ET, aflojando los lazos de la LRL, enlazaba en cierta medida con nuestro derecho histórico, en cierto modo benévolo con el fenómeno de la contratación temporal.

Dejando de lado los efectos de una jurisprudencia claramente ampliatoria del juego de la contratación temporal (la serie que introdujo los límites de 20 días en el cómputo de las cadenas de contratos temporales⁶; la que introdujo como circunstancia válida para justificar un contrato temporal la suscripción de una contrata⁷; o la que excluía a los trabajadores de las Administraciones públicas del juego de las reglas sobre temporalidad/fijeza en aras de los principios de mérito y capacidad constitucionalmente promulgados, por ejemplo) la tónica de nuestro ordenamiento se ha centrado en valorar la concurrencia de una causa real en el contrato celebrado, haciendo girar sobre ella la respuesta legal a este fenómeno.

De todos es sabido también cómo la difusión de la llamada «cultura de la temporalidad», a impulsos de una política de empleo meramente cuantitativa, generaría disfunciones importantes en el mas o menos plácido discurrir de la legislación ordinaria. Mientras el contrato temporal como medida de fomento del empleo fue la figura estrella, el fenómeno fue algo menos perceptible, pero alcanzó su cima cuando, desaparecido aquél, se percibe un repunte desproporcionado de modalidades de contratación como el contrato eventual o el por obra o servicio determinado, muestra de que se había llevado a este ámbito la búsqueda de la flexibilidad contractual. Dejando de lado el papel hasta cierta medida cómplice que la negociación colectiva jugó en esta fase⁸, y las reformas legales que a la vez trataron de establecer con-

⁶ Es una de las corrientes jurisprudenciales más extensa y criticada al respecto. Sobre los casos de fraude en general, *vid.* ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, «Derecho del Trabajo» cit., págs. 292-293. En general, sobre el sentido y alcance de la regla de 20 días, STS ud 24 octubre 2005 (8136), con concreto inactivando su juego para el cómputo de la antigüedad del trabajador a efectos retributivos. La STS ud 22 junio 1998 (5785) recuerda la virtualidad de esta regla para la toma en consideración de los contratos encadenados a efectos de fraude, si bien dejando abierta la posibilidad de que concurran circunstancias excepcionales. En los mismos términos STS ud 16 mayo 2005 (5186), entre otras.

⁷ BALLESTER PASTOR, MA., «El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal», en *VVAA Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en homenaje a Francisco Blat Gimeno*, págs. 383 y ss.

⁸ Sobre este género de problemas, *vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Adaptabilidad y causalidad en la negociación colectiva posterior a la reforma», *Relaciones Laborales* núm. 1, 1997, págs. 205 y ss.

diciones de recto uso de la negociación colectiva en este ámbito, habrá que convenir que en este fenómeno salieron perdiendo dos elementos: uno, no cuestionado hasta ese momento (la realidad de la causa del contrato temporal); otro, más moderno (el juego de los topes temporales en la fijación del término). Cabe decir que desde este momento los esfuerzos del legislador van a centrarse en el segundo de los citados, por ser el de más fácil manejo y el más sencillamente vinculante ante la interpretación judicial. Lo que sucede es que, paralelamente y es probable que sin voluntariedad, esta opción legal viniese a cuestionar paradójicamente la virtualidad del primero de los elementos citados, el juego de la causalidad en la licitud del contrato temporal y en el régimen jurídico aplicable a éste.

El campo de intervención para prevenir el abuso en la contratación temporal ya no tiene su sede en el contrato aislado, sino en la sucesión de contratos temporales (con el mismo o con varios trabajadores, con una misma modalidad o con varias). Y, como se ha puesto de relieve recientemente, frente a la sucesión contractual temporal, la penúltima reforma articuló tres series de medidas:

- a) la primera, «la llamada a la negociación colectiva en el antiguo art. 15 ET para poder establecer “requisitos dirigidos a prevenir abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal”»
- b) la segunda, «la imposibilidad, por el art. 8 c) de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, de celebrar contratos de puesta a disposición con ETTs cuando en los 18 meses anteriores el puesto de trabajo hubiera sido cubierto durante un periodo de 12 meses, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición»
- c) la tercera, el reconocimiento de una acción judicial a favor de la Entidad Gestora del desempleo en los términos del art. 145 bis LPL «a los solos efectos de recuperar las prestaciones sociales indebidas, en cadenas “fraudulentas o abusivas” de contratos temporales⁹.

Con sus intérpretes hay que compartir que se trató de una reforma legal tímida, tanto, que era más que probable que dejara sin transponer la vertiente preventiva de la Directiva 99/70, pues claro que todas las medidas consideradas eran reparadoras o abiertamente sancionadoras de incumplimientos previos que podían cometerse sin obstáculo legal alguno. Ciertamente es que la sanción es ya una forma preventiva de disuasión de los incumplidores de la norma, pero está claro que aquí esa función no fue operativa. No se consiguió frenar, tampoco con la introducción del llamado «contrato esta-

⁹ LAHERA FORTEZA, J., «Límites novedosos en el encadenamiento de los contratos temporales», en CRUZ VILLALÓN, coord. *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 46.

ble» el nivel de temporalidad excesivo en nuestro ordenamiento. Así lo siguió indicando la Unión Europea en sus Recomendaciones, y así lo diagnosticó también la Comisión de Expertos cuyo informe estuvo entre los documentos básicos de la actual Reforma. La Reforma laboral de 2006 tiene por eso un carácter en cierta medida ambiguo, del que derivan algunos de sus más importantes problemas: por una parte da por bueno y conserva el esquema anterior de contratación temporal (salvo la criticada supresión del límite respecto de las ETTs), pero por otra da un giro copernicano y añade nuevos árboles al bosque de reglas sobre contratación temporal.

3. EL CONTENIDO DE LA REFORMA DE 2006 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

El RDL 5/2006 contiene un mosaico de medidas que, de una manera u otra impactan en el régimen de la contratación temporal en nuestro país. Pero, ciñendo el análisis a las directamente encaminadas a frenar la temporalidad, habrá que convenir en que la más original regla de la reforma introducida en el art. 15.5 ET es la represora de las cadenas de contratación, desglosada, a su vez, en dos reglas:

- a) la primera, orientada a que «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo en la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales 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».
- b) la segunda, ampliando y precisando la escueta llamada a la negociación colectiva que tan parco resultado obtuvo tras la reforma de 2001: «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».
- c) Para ambas medidas vale la excepción establecida en relación con los «contratos formativos, de relevo e interinidad».

Por su distinto ámbito de juego, por la distinta relevancia de las reglas, es por lo que haremos referencia a estas series separadamente.

3.1. La sucesión de contratos temporales por encima de los topes legales

3.1.1. *Ámbito objetivo: contratos encadenados*

Como ya se ha dicho, el eje de la reforma no es la regulación del uso de la contratación temporal en su conjunto. Ni siquiera es la respuesta que el ordenamiento proporciona al uso irregular, aislado o no, de la contratación temporal (de ahí la reserva expresa de vigencia de los actuales apartados 2 y 3 del art. 15 ET), sino que responde a un fenómeno vinculado al uso sucesivo de contratos temporales que el legislador ha entendido que merece un tratamiento propio: el encadenamiento de contratos temporales. Y obsérvese que el encadenamiento de contratos que contempla el precepto poca relación tiene con la idea que por tal se manejaba en nuestra jurisprudencia —encadenamiento irregular, ilegal, de contratos temporales, por excesos en los topes temporales o, lo que era más frecuente, por la irrelevancia o la falsedad de las causas alegadas, que permitían presumir que se trataba de recurrir a la contratación temporal para cubrir necesidades estables de las empresas—. Al contrario, la noción que ahora se da de encadenamiento de contratos es muy amplia.

Abarca, desde luego, a la utilización recurrente de contratos temporales ilícitamente concertados (si es que pasan el control judicial de aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 15 ET), pero también abarca a los lícitamente concertados, los que se realicen por necesidades reales de la empresa coincidentes, además, con alguna de las causas enumeradas en el art. 15.1 ET como supuestos típicos de contratación temporal.

También serán aplicables las reglas del nuevo art. 15.5 ET al caso en que se recurra a una ETT, para poner a disposición al trabajador respecto de la empresa usuaria en la que la disposición (que no la contratación) se sucede. Dada la flexibilidad de la norma, ha de entenderse que la puesta a disposición puede realizarse, cumpliendo con las demás condiciones de la ley, a través de cualesquiera de las modalidades causales que contempla la ley como justificativas de la puesta a disposición¹⁰, siempre que se conserven los elementos identificadores del supuesto, que en este caso —puesto que

¹⁰ Sobre el tema, entre otros, LEAL PERALVO, F., «La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1996, págs. 117 y ss; LÓPEZ AHUMADA, JE., «El contrato de puesta a disposición y las modalidades contractuales de carácter temporal tras la Reforma de la LETT», *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, págs. 273 y ss; VALDÉS DAL RE, F., «Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición» (I y II), *Relaciones Laborales* núm. 1, 1995, págs. 39 y ss.



la empresa usuaria no es puridad empresaria del trabajador cedido—es el mismo puesto de trabajo. Como puede comprenderse, este caso suscita graves dudas interpretativas, sobre las que volveremos.

Centremos la atención ahora en la sucesión de contratos propiamente dicha.

El tipo de contratos susceptible de ser parte de la cadena son cualesquiera de los temporales previstos en nuestro ordenamiento, salvo los contratos formativos (cuyo tope temporal y reglas de sucesión tienen su tratamiento en otro precepto legal), los de relevo (que se verían privados de efecto útil si se les aplicase la regla, pues su duración puede ser más larga y normalmente lo será) y los de interinidad (sin que quepa explicarse por qué, pues es perfectamente imaginable, aunque pueda ser difícil en la práctica, la sucesión de contratos de interinidad referida al mismo puesto de trabajo sobre cuyo titular recaen distintas causas de suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo).

A primera vista, suprimido en el propio RDL 5/2006 el contrato de inserción, la regla se predicaría del resto de las modalidades de contratos temporales que se enuncia en el apartado 1 del art. 15 ET.

Pero, como se ha puesto de relieve con razón, con esta serie no se agota el elenco de contratos temporales posibles entre nosotros. Baste pensar en el múltiple recurso a la contratación temporal de que se hace uso en la normativa sobre relaciones laborales de carácter especial, o en otros supuestos especiales, respecto de los cuales el ET desempeña el papel de norma general, subsidiaria en cuanto a la ley específica que reconoce su posibilidad¹¹. Es difícil, en general, establecer una solución uniforme en relación con todos estos casos, pero puede intentarse dar una serie de reglas.

Las relaciones especiales de trabajo, como se sabe, están excluidas de la aplicación del ET por el proceso de auténtica deslegalización que puso en acto el art. 2 ET. Lo anterior no obstante, se ha producido un proceso de retorno a la regulación general por la vía de la declaración supletoria de las reglas estatutarias, en cuanto sean compatibles con las peculiaridades del contrato especial de que se trate. Lo que sucede es que el grado de retorno no es el mismo en todos los casos, ni posee en todos los casos la misma intensidad. En efecto, no es igual:

¹¹ Además de los contratos en relaciones laborales especiales, LAHERA FORTEZA menciona «el profesorado de religión católica en centros públicos tiene un contrato por curso en el marco del tratado internacional entre España y la Santa Sede; los profesores de Universidad tienen contratos temporales en el marco de los arts. 48-50 de la LOU, 6/2001; los científicos e investigadores tienen un contrato de fomento del empleo temporal con las condiciones del art. 44 de la ley 42/94, por remisión de la disposición adicional de la ley 12/2001», *op. cit.*, pág. 57, en nota.

- el supuesto de los trabajadores de alta dirección (RD 1382/1985, de 1 de agosto, art. 3.2) a los que el ET sólo les será de aplicación en función de lo que se disponga expresamente en el Real Decreto Regulador o en el contrato de trabajo, discurriendo la regulación supletoria por cauces distintos de los laborales ¹².
- que el de los trabajadores del servicio doméstico (RD 1424/1985, de 1 de agosto, Disposición Adicional) ¹³; los deportistas profesionales (RD 1006/1985, de 26 de junio, art. 21) ¹⁴; los artistas en espectáculos públicos (RD 1435/1985, de 1 de agosto, art. 12) ¹⁵; los estibadores portuarios (RDL 2/86, de 23 de mayo, art. 19) ¹⁶, en todos los cuales la remisión supletoria al ET es un hecho, si bien condicionado a las peculiaridades de la relación de trabajo.
- ó que el de los trabajadores que medien en operaciones mercantiles (RD 1438/1985, de 1 de agosto, art. 12) ¹⁷ o los minusválidos en Centros Especiales de Empleo (RD 1368/1985, de 17 de julio, art. 9) a los que les resultan de aplicación los «deberes y derechos básicos previstos en el ET» ^{18 19}.

Así las cosas, la idea de principio, a mi juicio, es precisamente la no aplicación del art. 15.5 ET en su nueva redacción a las relaciones laborales

¹² Demasiada especialidad la de este colectivo para entender aplicable supletoriamente el ET, precisamente en supuesto en que el art. 6 del RD de 1985 no efectúa esa remisión, aunque declare la preferencia de la contratación indefinida salvo lo que disponga el contrato de trabajo. Vid. QUINTANILLA NAVARRO, R., «Regulaciones sectoriales» en VVAA SEMPERE (dir.), *Los contratos temporales*, cit., pág. 429.

¹³ QUESADA SEGURA, R., *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.

¹⁴ CARDENAL CARRO, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Ed. Universidad de Murcia, 1996.

¹⁵ HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006.

¹⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, PT, *La relación laboral de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid, 1997.

¹⁷ HUERTAS BARTOLOMÉ, T., *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Tecnos, Madrid 1990; LOPERA CASTILLEJO, MJ, *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles* MTSS, Madrid, 1990.

¹⁸ Garrido Pérez, E., *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanc, Valencia 2000.

¹⁹ No se hace mención de la relación laboral del penado en instituciones penitenciarias, en que la remisión al ET está profundamente condicionada por las especialísimas circunstancias en que se presta un trabajo que es en esencia temporal (art. 7.2 del RD 782/2001, de 6 de julio) —«la duración de la relación laboral coincidirá con la de la obra o servicio que se le encomienda». Esto y la propia idea del trabajo como derecho del interno que se desprende del propio articulado de nuestra Constitución aconseja la exclusión de la regla del art. 15.5 ET, que privaría de efecto útil a la regla constitucional con el juego de los topes temporales pensados, evidentemente, para circunstancias muy distintas.



especiales²⁰. En su mayoría porque se trata de vínculos que en esencia son temporales, en las que razones de fiducia legalmente atendidas —como en el servicio doméstico—, o peculiaridades del propio «proceso productivo» —artistas, representantes, estibadores, deportistas—han aconsejado separarse de la regla común de preferencia por la contratación indefinida que se desprende del conjunto del art. 15 ET. De modo que la sucesión de contratos puede ser una forma lícita de prolongar la relación en provecho de ambas partes. Es decir, en ellas la temporalidad no es un elemento accesorio, es esencial en la constitución de la tipología contractual, de modo que topes temporales que conviertan en fijo un contrato que tipológicamente no puede serlo incurrirían en una insanable contradicción con la propia esencia del mandato del art. 2 ET.

En otras relaciones especiales habría que plantearse, además de lo anterior (es decir, la temporalidad intrínseca de la relación) si la regla del art. 15.5 ET es un derecho o deber «básico» del Estatuto de los Trabajadores. Una interpretación que, asimismo, estimo que conduce a la solución negativa, partiendo de la propia terminología del ET, que denomina «básicos» (Sección 2.ª Capítulo 1.º Título I) a los derechos y deberes enunciados en los arts. 4 y 5 ET, entre los que no se encuentra una duración predeterminada, *x* o *y*, del contrato de trabajo, siendo ésta crucial para despejar este extremo.

Y, finalmente, el juego ley general-ley especial entiendo que limita sustancialmente la extensión de la regla del art. 15.5 ET a otras relaciones laborales, que han hallado su regulación en leyes materialmente distintas del ET, con potencialidad aplicativa dominante en aquellos aspectos que sí regulan. La previsión de contratos anuales en la enseñanza o la investigación es conforme con la propia duración de los cursos académicos y constituye una regla acabada que, en cuanto tal, no genera lagunas y no ha de ser integrada, por tanto, por derecho supletorio alguno.

Queda una última referencia a la modalidad de contratos que puede ser «encadenada». Me refiero a los contratos temporales que sean de fomento del empleo —básicamente el contrato temporal para discapacitados—, es decir, específicas modalidades de fomento del contrato temporal que aún persisten, y no a los meros contratos temporales bonificados, que están claramente vinculados a las modalidades de contratación del art. 15 ET, y a sus reglas, por tanto. En los supuestos de contratación temporal pura de fomento del empleo, la naturaleza temporal de la prestación no es intrínseca, ni se encuentran en modo alguno excluidos del ámbito de aplicación del ET —como con mayor o menor intensidad sucedía en las modalidades contractuales anteriores—, de modo que no es posible eludir la regla del art. 15.5

²⁰ En contra, con matices, LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 57.

ET si la concatenación de contratos conduce a exceder los topes temporales en ella fijados.

A todo lo anterior debe añadirse que el encadenamiento de contratos contemplado por el RDL 5/2006 puede tener lugar «con o sin solución de continuidad». Una expresión que se ha considerado, por los primeros intérpretes de la norma, que desmantela las tesis judiciales que tendían a romper las cadenas de contratación si entre los estabones transcurría un periodo superior a 20 días, el de caducidad de la acción de despido²¹.

La respuesta no es tan evidente como parece, puesto que la ley habla de «solución de continuidad», que es término flexible que puede abarcar cualquier lapso de tiempo, 7 días, 19 o 24, que se agota en él y no toma en consideración, al menos no ineludiblemente, otras reglas, aparte de éstas, que no se consideran afectadas por la reforma, y que pueden suponer un límite externo a la «solución de continuidad» de que habla el RDL 5/2006; las reglas sobre caducidad podrían ser algunas de esas reglas.. No obstante, teniendo en cuenta la génesis del propio RDL 5/2006 y el significativo aparentemente paliativo de los efectos de las cadenas contractuales que indudablemente tiene la regla de la caducidad, parece que debe prevalecer la interpretación contraria al mantenimiento de la virtualidad del plazo de 20 días, y cancelada desde esta perspectiva la jurisprudencia que la mantenía.

Una última valoración ha de hacerse en relación con el límite objetivo del supuesto de hecho del art. 15.5 ET, que enlaza en parte con observaciones anteriores. El encadenamiento de contratos aquí contemplado no es una sanción frente al uso irregular o ilícito de los contratos temporales. Se trata, más bien, de una respuesta polivalente, de modo que a efectos de la aplicación del art. 15.5 ET, tanto da que los contratos encadenados fueran lícitos o no, estuvieran fundados en causas reales o no. La regla funcionará respecto de todos ellos. Por eso se ha dicho que «la gran novedad de esta medida es que, con condiciones, descausaliza la contratación temporal para proteger la estabilidad en el empleo»²².

Sin duda esto es así, y en parte coincide con una de las medidas propuestas por la Directiva 99/70 —aunque ésta habla de topes temporales y no de conversión en indefinido, que es un efecto adicional, sobre el que volveremos— y habrá que convenir en que la regla altera visiblemente el régimen de la contratación temporal tal como era y es conocido entre nosotros. Puede decirse que todavía hoy la causa-motivo del contrato sigue siendo relevante para la licitud de éste y para la determinación de su régimen jurídico, pero contemplado aisladamente y, en combinación con otros, por de-

²¹ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, págs. 70 y ss.

²² LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 66.

bajo de los topes temporales del RDL 5/2006. A partir de éstos, el legislador deja de considerar razonable la necesidad empresarial de flexibilidad, abriéndole paso al contrato indefinido como única respuesta posible. Claro que también puede entenderse que abre paso a la contratación con otros trabajadores temporales, generándose potencialmente un proceso de rotación que afectaría a los vínculos globales de larga duración. Este sería sin duda un efecto indeseable, pero perfectamente posible a la luz de lo dispuesto en el primer inciso del art. 15.5 ET; pero sobre este tema volveremos con posterioridad.

Por supuesto, en la medida en que conservan su plena vigencia las reglas de los párrafos 2 y 3 del art. 15 ET, el tratamiento habitual de la contratación encadenada irregular o fraudulenta, sigue en sus términos, lo que, en principio, podría dar lugar a que la respuesta legal frente al fraude de ley se desencadenase antes del transcurso de los plazos legalmente establecidos en el art. 15.5 ET. Respecto del tratamiento de las irregularidades reales en la contratación temporal puede conservar toda su vigencia la jurisprudencia sobre el lapso de 20 días de caducidad entre contratos que se mantenía, aún con todos sus titubeos y matices. La pregunta es si seguirá teniendo sentido en su función obstativa del juego del fraude de ley cuando ha dejado de tenerlo en la mera sucesión de contratos, aunque estuvieran causalmente fundados. Sería, en efecto, necesario revisar esta jurisprudencia a la luz del nuevo marco legal²³.

3.1.2. *«Un mismo trabajador para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa»*

Los elementos subjetivos del supuesto de hecho del art. 15.5 ET son difíciles de valorar por separado, y abstracción hecha del vínculo que conecta a empresario y trabajador, de ahí el análisis conjunto de estos integrantes del mismo: trabajador, contrato y empresario.

Pues bien, desde la parte trabajadora, parece que se trata de un supuesto simple por su linealidad: «un mismo trabajador» vinculado a la empresa sucesivamente por los contratos a que se acaba de hacer referencia, en principio.

Pero también vale la regla para trabajadores no vinculados a la empresa de que se trate, y la propia ley plantea el tema, pues esto sucederá por definición si la cadena de contratos ha tenido lugar, en todo o en parte, a través de la interposición de una ETT.

²³ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 72.

A ella hace mención expresa el nuevo art. 15.5 ET. E, implícitamente, esta mención deja abiertas otras cuestiones: ¿es susceptible de aplicarse la regla a las llamadas empresas multiservicios?²⁴. Sabido es que éstas han desarrollado una labor en buena medida sustitutoria de la de las denostadas ETTs a través de los mecanismos de las contratas de obras y servicios, a través de los cuales, si el conjunto no es ilícito, sabido es que no se produce incorporación alguna (jurídicamente al menos) de los trabajadores de la empresa contratista con la empresa principal.

Cabe ahora plantearse si el art. 15.5 ET contiene una regla tan expansiva que permite soslayar la omisión legal, y aplicarse también a los casos en que la sucesión de contratas conduce a una mantenida prestación de un trabajador en el marco de una misma empresa principal, en el mismo puesto de trabajo, durante el periodo requerido. Por parecidos motivos puede preguntarse si la regla es aplicable también a trabajadores de contratas y subcontratas en relación con los que se produzca el mismo efecto.

Una tesis como ésta podría sostenerse, sin duda, con una interpretación teleológica del precepto. Pero a mi juicio no resiste la interpretación literal y sistemática del mismo. Dejando de lado la cuestión de las ETTs, de la que la ley ha tenido ocasión de encargarse en primer plano, el límite de los supuestos de aplicación del art. 15.5 ET es la existencia de un vínculo jurídico real entre un trabajador y una empresa. Cuando ese vínculo no exista, la regla no se aplica, entre otras cosas porque podría deshacer el mecanismo causal de las contratas y subcontratas lícitas, que no la comprenden porque el núcleo de la figura consiste precisamente en la interpenetración de empresas reales, con sus propios trabajadores, cada uno de los cuales trabaja para aquélla para la que ha sido contratado, cuya causa contractual es precisamente esta complejidad contractual de la figura del empresario²⁵. Para mantener este operativo la propia ley establece sus reglas particulares de garantía (arts. 42 y 43 ET), acentuadas ahora con la nueva redacción del art. 42 ET, y aquí se agota la tutela legal. El art. 15.5 ET, pues, será eficaz, en su caso, frente a cada empresa contratista y sus trabajadores.

Por las mismas razones de exhaustividad y especialidad de tutela en el régimen particular establecido en la ley, el precepto citado no operaría tampoco en los casos de cesión de trabajadores, dejando paso a lo dispuesto al respecto en el art. 43 ET, a pesar de que en este caso sí existiría una similitud grande en los supuestos, al no figurar el obstáculo de una empresa real

²⁴ Sobre la índole de éstas y su potencial de encubrimiento de verdaderas ETTs, *vid.* VVAA RIVERO LAMAS (dir., *La negociación colectiva en el sector de las empresas multiservicios* CCNCC, Madrid, 2006, págs. 35 y 36.

²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.) *Empresario, contrato y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2004.

entre el trabajador y quien recibe sus servicios, por lo que el art. 15.5 ET hubiera podido operar con su carga protectora dejando de lado las limitaciones del art. 43 ET y su aplicación jurisprudencial. Máxime cuando las ETTS —que son supuestos autorizados de cesión de trabajadores— sí han quedado cubiertas por sus reglas.

Distinta es la situación cuando se suceden contrataciones con efecto subrogatorio, o cuando se produce la subrogación por excelencia en el caso del art. 44 ET.

En ambos supuestos, aunque la figura del empresario cambie, la relación laboral permanece, en cuanto que la novación legal no es extintiva. Así las cosas, la unidad del vínculo jurídico permitirá la aplicación de la regla del art. 15.5 ET como si la relación se hubiera trabado desde el principio con la empresa subrogada, lo que permite el cómputo de periodos de tiempo de vinculación temporal a lo largo de la sucesión de empresas, y sería uno de los efectos del contrato que permanecerían por ministerio de la ley. Y permanecen, entiendo, incluso en aquellos casos en que la subrogación requiere la voluntad del trabajador favorable a la misma²⁶. Estos supuestos no tienen un tratamiento claro desde la perspectiva jurisprudencial, pero en síntesis el estado de la cuestión parece ser que la voluntad del trabajador desencadena un procedimiento subrogatorio que tiene en ella su sola condición. Si así fuese, la sucesión empresarial operada permitiría llegar a conclusiones semejantes a las obtenidas respecto del art. 44 ET, sin que importe el hiato del consentimiento del trabajador que, a la postre, tiene que concurrir también en los supuestos de encadenamiento contractual, lícito o ilícito, éstos sí contemplados por la ley.

El siguiente elemento objetivo legal para determinar el juego del art. 15.5 ET es la vinculación del trabajador con un mismo empresario. Así se expresa la norma, pero ya se acaba de ver que, probablemente, aunque parezca lo contrario, la referencia a las ETTS permite concluir que es posible que el vínculo que une a lo largo del tiempo al trabajador no ha de ser necesariamente con el mismo empresario.

Lo que sucede es que la ley ha optado por un esquema «normalizado» de contratación encadenada, por el más simple de todos, y ha dejado en la sombra otros a los que, con procesos interpretativos no excesivamente rompedores, también tendría que extenderse.

En efecto, al margen de contrataciones y subcontratas (cuyo régimen jurídico permanece) y de la subrogación del art. 44 ET (al que es extensible la nueva regla) existen fórmulas de interpenetración empresarial que sólo con dificultad se agregan a estos supuestos legales porque tienen una fisonomía

²⁶ Sobre el tema, también LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 61.

propia. Por esto también para ellos se plantea la cuestión de si es posible que les sea aplicada la regla del art. 15.5 ET.

El grupo de empresas es el ejemplo modelo²⁷, pero no es el único: franquicias, cesiones de superficies comerciales, contratos de cuentas en participación, suministros, etc., son casos posibles en los que puede producirse un verdadero y propio «contacto contractual» del trabajador con empresarios formalmente distintos del firmante del contrato de trabajo en términos muy semejantes a los contemplados en el art. 15.5 ET. Y entiendo que casos como éstos pueden ser idóneos para la aplicación del citado precepto en los supuestos en los que es posible detectar la continuidad empresarial a partir de los diversos vínculos contractuales, donde la diversidad empresarial sea una mera apariencia (el caso de los grupos de empresa tal como los detecta nuestra jurisprudencia), o, aún existiendo, no es oponible a los trabajadores por la estrecha vinculación jurídica existente entre los empresarios a la hora de ejercer los poderes empresariales, que anulan la autonomía de la empresa formal o la condicionan gravemente. En estos casos, la figura compleja del empleador²⁸, la pluralidad de partes en la posición subjetiva del empresario es un hecho jurídicamente relevante que debe llevarse más allá de la simple sanción a través de la responsabilidad solidaria, aunque no sea descartable que ésta concurra también en estos casos.

El vínculo concertado entre los sujetos a los que se acaba de hacer referencia ha de estar predicado, en la terminología de la ley de «un mismo puesto de trabajo».

Con esta expresión, la ley nuevamente se acoge a la versión lineal de las cadenas de contratos, por ello plantea problemas interpretativos de envergadura. Ello es así porque, como se ha dicho con acierto, la expresión «puesto de trabajo» es, en el estado actual de nuestro ordenamiento, todo menos clara²⁹, teniendo en cuenta las profundas modificaciones que en la determinación del objeto de la prestación de trabajo se han ido experimentando, en la ley y en la negociación colectiva, especialmente a partir de 1980. En este sentido, una primera interpretación posible del art. 15.5 ET en este punto sería la que se ha llamado «concepción locativa» del puesto de trabajo —«absorbiendo sólo el puesto del trabajador en su centro de trabajo»³⁰;

²⁷ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 59, que recomienda el uso de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad en los grupos de empresas, y sugiere otra posible línea de acción a través de la aplicación en los casos en que procede del art. 43 ET, de sanción de conductas interpositorias.

²⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ «Empresario, contrato y cooperación entre empresas», cit.

²⁹ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 60, que demuestra la variedad de usos de la expresión en el propio cuerpo del ET.

³⁰ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 60.



otra posible ya ensayada es la noción «funcional» de la expresión, que asegura «la limitación en encadenamientos de contratos en su mismo puesto en la empresa, aunque en distintos centros de trabajo»³¹. A favor de esta tesis se ha argumentado que con ella se trataría de evitar el expediente elusivo de la normativa que supondría romper la cadena de contratos con el mero traslado a un centro de trabajo distinto; y se trataría, también, de evitar la rigidez que generaría una idea de empleo estable asociada a puestos «locativamente» seleccionados y, por último, se hallaría una nueva función de las reglas del art. 39 ET, que se trasladan a este supuesto en cuanto sirven para delimitar el «trabajo a prestar».

Aún tratándose el anterior de un meritorio esfuerzo interpretativo, entiendo que no es convincente. La expresión legal, por imperfecta que sea, no hace referencia a «las mismas tareas» o a «tareas equivalentes» como punto clave del objeto contractual en torno al que se desencadenaría la aplicación del art. 15.5 ET según la tesis expuesta. La expresión legal parece que tiene un componente más organicista, más formal, que vincula la regla a la adscripción de un trabajador a un mismo nivel organizativo dentro de la empresa. Justo esa adscripción, y la continuidad del vínculo, justifican la fuerte presunción legal *iuris et de iure* de vinculación definitiva del trabajador con la empresa a partir de la inicial contratación temporal³².

La eventual rotación del trabajador por distintos departamentos de la empresa realizando tareas equivalentes no autoriza inequívocamente a declarar la necesidad de un nuevo trabajador en que parece descansar la presunción legal. Por ejemplo, la adscripción de un albañil a distintas obras de la misma empresa no responde necesariamente a un propósito fraudulento, y la necesidad de la empresa puede ser fluctuante en realidad. Lo mismo

³¹ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 61.

³² Por lo demás, es una tesis ya usada en la jurisprudencia para la detección de fraudes. Por ejemplo, STS ud 29 mayo 1997 (4471): «Tales supuestos son aquellos en que, por sus propias particularidades, se acredita una actuación empresarial en fraude de ley... y al mismo tiempo se pone de manifiesto la *unidad esencial del* vínculo laboral habido durante el periodo de tiempo en que se han sucedido los contratos temporales... No es éste el supuesto de autos, en el que ni hay omisión de la expresión de causa que justifique el contrato temporal en cada caso, ni hay desarrollo de la actividad laboral en el mismo puesto de trabajo ni en el mismo centro sanitario». Y añade, en el seno de la Administración, que la identificación de la plaza no «precisa una formalidad particular, bastando que se realice con criterios objetivos de modo que la actuación posterior de la Administración no cause indefensión». Para la identificación de una plaza en la Administración, *vid.* También STS ud 20 enero 2004 (1496); para la identificación de la «obra» en un contrato de obra o servicio, STS ud 30 junio 2005 (7791), que se adscribe plenamente a la doctrina «locativa»: «la plena identificación del centro o centros de trabajo en los que se va a prestar servicios, es dato esencial del contrato o del pacto posterior y constituye una garantía irrenunciable para el trabajador». Para un supuesto de conductor que realiza siempre el mismo trayecto, SUS ud 16 abril 1999 (4424).

cabe decir de la adscripción de un vendedor a distintos departamentos de una empresa comercial en sucesivos periodos de rebajas o tantos otros ejemplos que podrían sugerirse. Se trata de fórmulas de uso de la contratación laboral temporal lícitas, que no han sido descartadas por la ley y que, de obstaculizarse, generarían una rigidez mayor de la necesaria en el recurso a la contratación temporal. Es la continuidad del vínculo de hecho que el trabajo en idénticas circunstancias genera y la lógica deducción de la existencia de una necesidad permanente de la empresa, la que presupone la aplicación de una regla que descompone el esquema contractual temporal, de ahí la necesidad de que la regla legal misma sea interpretada con prudencia, para evitar que una excesiva restricción legal, con base en una norma mal diseñada, desautorice unos mecanismos contractuales típicos de un contexto que pide seguridad, pero también flexibilidad.

3.1.3. *La vinculación por un periodo de 24 meses en 30*

Para dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva 99/70, el legislador hubiera podido añadir —a los mecanismos de control ya existentes— la limitación del número de contratos sucesivos que pueden realizarse de forma temporal con un mismo trabajador. Pero se ha decantado por una fórmula intermedia, también apuntada por la Directiva, que, desdiciendo el número de contratos siempre que sean más de dos, fija su atención en la duración global del vínculo entre el trabajador y el empresario. Y al hacerlo utiliza una fórmula muy parecida a otras ya usuales en el texto del ET: sobre un periodo de referencia se determina un periodo de duración máxima del vínculo. El periodo de referencia es de 30 meses, el máximo de vinculación, de 24. Tal parece que el cómputo del periodo de referencia ha de realizarse por meses naturales, abarcando los momentos inicial y final del periodo de 24 requerido para la conversión en fijo del contrato, de modo que la determinación del mismo ha de hacerse caso por caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el encadenamiento contractual de que se trate.

Parece, además, que el cómputo de 24 meses ha de tener lugar, no sobre la base de la duración potencial de los contratos, sino del tiempo efectivamente trabajado, por ello ha de darse la razón a quienes sostienen la irrelevancia de la terminación anticipada de los contratos temporales si finalmente se alcanza la suma total legalmente exigida³³.

Con efecto transitorio, la ley abarca la contratación sucesiva sin buscar un efecto retroactivo máximo. Opta por una retroactividad de grado medio,

³³ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág. 54.

que permite que se inicie el cómputo del plazo previsto a partir del contrato vigente en el momento en que la propia norma entra en vigor (Disposición Transitoria 2.^a). Ello implica que a los trabajadores que se encuentren en esa situación se les computará ese contrato «puente» entre la vieja y la nueva ley. No otro parece ser el significado de la expresión legal «se tomará en consideración el vigente», referida al contrato en su integridad, sin introducir fracturas en la duración pactada inicialmente por las partes.

3.1.4. *La conversión en fijo del trabajador temporal*

Es el efecto del encadenamiento de contratos que hace tan característica la reforma legal. Con las condiciones previstas; acumulados los periodos de tiempo requeridos, «adquirirán la condición de trabajadores fijos» los afectados por estas prácticas.

La primera duda que se plantea versa sobre el momento a partir del cual empieza a contar la fijeza, si a partir del momento en que se cumplen los 24 meses, o a partir del primer día de inicio de la cadena que ha conducido a la fijeza. Obviamente, caben las dos opciones en un texto legal algo ambiguo. Sin embargo, parece más convincente la segunda. En efecto, en la valoración del legislador no son relevantes los contratos temporales en sí mismos considerados —como ya hemos visto desde distintas perspectivas— sino el tiempo efectivo de servicio en la empresa, de modo que ese tiempo no puede ser ignorado al jugar la presunción legal de que en ese caso concreto debe existir un contrato indefinido. La consideración de fijo no se tiene por el último contrato, sino por el conjunto de meses de servicio, de ahí que resulte tan contradictorio «romper la cadena» y dar valor a los contratos en un momento en que el legislador impone que sean superados.

Se trata de una fijeza declarada con fuerza semejante a los casos en que se detecta fraude de ley, que por alguno de los primeros comentaristas de la norma ha calificado como un supuesto de novación modificativa *ex lege*³⁴. Parece discutible esta calificación, en cuanto realmente no tiene lugar una modificación de un mero elemento adicional del objeto del contrato, sino de un elemento del mismo que afecta estructuralmente a la dinámica del propio contrato, próximo al cambio del tipo contractual, de temporal a fijo, máxime en los casos en que las causas de contratación temporal alegadas sean verdaderas; a pesar de las opiniones en contra, estimo que es demasiado «leve» sostener que el contrato fijo y el temporal comparten una misma tipología jurídica, sólo separados por la introducción de un término

³⁴ LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, pág 64

o una condición resolutorias³⁵. Como quiera que sea, se trata, ciertamente, de una novación no extintiva del vínculo contractual, que por ello mismo puede calificarse de *sui generis*, que en la ley tiene su origen, su régimen y su justificación.

Los efectos de esta calificación como trabajador fijo, en principio, han de retrotraerse, por lo que se ha expuesto con anterioridad, al primer día del contrato que inició, no la cadena temporal en sí, por toda su duración de ser superior a 24 meses, sino de aquella parte de la misma que se ha tenido en cuenta para declarar la fijeza del trabajador. La pregunta es si es posible, además, extender parcialmente los efectos de contratos temporales que no hayan sido tomados en consideración para el cómputo de los 24 meses. Aplicando lo dispuesto en el art. 15.6.2 ET cabría entender extensibles estos efectos de la antigüedad del trabajador en la empresa, y la aplicabilidad de la jurisprudencia que en este momento abona esta interpretación, con todos sus matices³⁶.

Por último, en el régimen de la fijeza ordinaria, ha de destacarse que la conversión en contrato fijo de los contratos temporales encadenados opera automáticamente, de modo que el trabajador puede hacerla valer desde el primer momento, sin que sea necesario un pronunciamiento judicial salvo en el caso de que el empresario discuta las circunstancias que han concurrido en el caso. Ello porque al trabajador no se le concede una acción, como en otros preceptos del ET, sino el beneficio de una transformación contractual que, por ello, ha de ser entendida *ipso iure* producida tan pronto concurren los elementos legales de los que depende. De ahí la importancia que pueden tener los criterios legales en el alivio de la prueba de unos hechos que han dado originariamente graves problemas, la permanencia de las tareas y el carácter no real de la contratación temporal utilizada en su caso. En el momento presente bastará que el trabajador acredite la contratación sucesiva y el tiempo marcado en la ley para que deba sin más reconocerse el efecto legalmente vinculado a esta situación.

El RDL 5/2006 ha añadido, acertadamente, una regulación específica del efecto del encadenamiento de contratos en el ámbito de las Administraciones Públicas, en su Disposición Adicional 15.^a. Es claro que, en el estado actual de nuestro ordenamiento el efecto ordinario de fijeza no puede

³⁵ En contra, SEMPERE NAVARRO, V., «Cuestiones generales» en VVAA SEMPERE NAVARRO Dir. *Los contratos temporales*, cit., pág. 34.

³⁶ Para el cómputo de la antigüedad en relación con los complementos por esta causa, vid. SSTS ud 1 julio 2005 (7459); 22 mayo 2001 (5471); en relación con el cómputo de la antigüedad para las indemnizaciones por despido, STS ud 30 marzo 1999 (4414), en la que encuentra una explicación extensa y adecuada la teoría de la ruptura de la cadena por el transcurso de un periodo superior a 20 días, de que ya se habló. En el mismo sentido, STS ud 15 noviembre 2000 (10291).



tener lugar como en el sector privado, a la luz de la interpretación jurisprudencial dada a los requisitos de mérito y capacidad para el acceso a puestos públicos consagrados en el art. 23 CE. En principio, pues, parece existir una remisión implícita a esta jurisprudencia y sus limitaciones al juego de las reglas ordinarias del Derecho del Trabajo, de modo que el trabajador afectado, usando la conocida fórmula, deberá ser considerado fijo, en efecto, pero no fijo «de plantilla»³⁷, pudiendo y debiendo ser cubierta la plaza correspondiente con arreglo a los procedimientos legalmente previstos. Una obligación que la ley recuerda, en este caso, innecesariamente. Otra interpretación posible —el art. 15.5 ET surtirá plenos efectos en estos casos, siendo la referencia a la cobertura legal de las plazas una mera admonición de futuro, para no reincidir en la irregularidad—rompería el juego de los mismos principios de mérito y capacidad que se quiere que sean respetados, abriendo un portillo nada discreto para su elusión.

3.1.5. *La llamada a la negociación colectiva*

Desde la propia Directiva 99/70 es evidente que, a pesar del contenido inequívocamente heterónimo de las obligaciones que contiene, la negociación colectiva está llamada a desempeñar un papel principal en la previsión de conductas fraudulentas en la contratación. Como es sabido, esta posibilidad ya estaba prevista en el antiguo art. 15.5 ET, y la reforma tiende a potenciar el papel de los acuerdos en este campo a través de varias fórmulas:

- en primer lugar, manteniendo en sus términos las numerosas llamadas a la función definitoria y delimitadora de la negociación colectiva en el marco de la contratación temporal. Esta conservación de la estructura del precepto estimo que es importante para esclarecer un punto oscuro del inciso segundo del art. 15.5 ET: éste hace una llamada a la negociación colectiva, pero no establece en qué

³⁷ STS ud 25 marzo 1999 (3516) «cuando se produce una irregularidad relevante que invalide la causa de temporalidad aplicada, ésta deja de actuar como justificación de la duración del vínculo y éste adquiere carácter indefinido en la medida en que no está ya sometido al término pactado, si bien la provisión reglamentaria del puesto de trabajo podrá actuar en su día como causa lícita de extinción». En general, sobre la extinción del contrato «fijo» por cobertura reglamentaria de la plaza, STS ud Sala General 27 mayo 2002 (9893); ud 26 junio 2003 (4259): «la ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada por el trabajador en virtud de un contrato temporal que fue luego declarado indefinido por Sentencia firme, hace surgir una causa de extinción del contrato subsumible en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado número 1 del art. 49 ET, y equiparable en sus efectos, a la de contratos de interinidad por vacante, puesto que la justificación de la existencia de unos y otros responde a una misma causa y necesidad».

nivel se ha de negociar la materia que expresamente remite a los negociadores, salvo la oscura referencia, en un momento posterior, a que la intervención negociadora ha de hacerse teniendo en cuenta las peculiaridades del puesto de trabajo o del sector. ¿Significa este apartado que el precepto autoriza a negociar estos extremos en Convenios Colectivos de todos los niveles territoriales o funcionales, de sector o de empresa? Entiendo que dicho nivel ha de ser el sectorial, pues de la interpretación conjunta del precepto parece evidente que sólo es el nivel sectorial el que tiene la autorización legal para regular los aspectos clave de la contratación temporal, una interpretación que refuerza el art. 84.3 ET, cuando reserva a los Convenios de nivel superior la regulación de esta materia en caso de concurrencia autorizada de Convenios. El nivel de empresa quedaría adscrito al desarrollo de las líneas claves de la regulación de la contratación abusiva establecidas en los Convenios de ámbito superior, en una fórmula de negociación articulada.

- en segundo lugar, permitiendo implícitamente que la negociación colectiva profile el supuesto de hecho de su primer inciso, concretando las numerosas dudas interpretativas que el precepto plantea en aquellos aspectos en que el precepto legal no sea estrictamente de derecho necesario. Estos aspectos imperativos, que constituyen el eje mismo del precepto los constituyen, en primer lugar, la existencia de una cadena de contratos, aún lícita, la duración de la misma, y su efecto. El resto de los aspectos no medulares pueden ser tratados o aún mejorados por la negociación colectiva, por ejemplo, resolviendo qué ha de entenderse por puesto de trabajo (lo que no es poco, como hemos visto), o determinando los efectos de la antigüedad del trabajador afectado. No parece, en cambio que puedan alterar el periodo de 24 meses, en la medida en que éste mismo supone una negación tal de la licitud de las causas de contratación temporal que sólo la ley puede establecerla o neutralizarla.
- pero, obviamente, la novedad mayor consiste en el mandato dado a la negociación colectiva para que establezca los criterios adecuados para evitar la sucesión de contratos «abusiva» esta vez, consistente en utilizar «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 trabajo temporal», quedando exceptuados, como en el primer inciso y probablemente por causas similares, los «contratos formativos, de relevo e interinidad». En una parte muy apreciable, el segundo inciso reproduce los requisitos del primero,



sobre todo con referencia al puesto de trabajo y a la sucesión propiamente dicha, en el sentido amplio y comprensivo de todas las modalidades posibles que hemos tenido ocasión de analizar. Las novedades residen en:

- *primero*.—que la sucesión prevista es la que consiste en concertar distintos contratos con distintos trabajadores, no con un mismo trabajador, para cuyo caso ya están las reglas del inciso primero.
- *segundo*.—la expresa referencia a que la sucesión contractual ha de ser «abusiva».
- *tercero*.—la falta de referencia a periodos máximos de vinculación, que tan importante papel juegan en el inciso primero.

La exigencia de que la sucesión sea abusiva parece remitir al supuesto de un verdadero fraude de ley, consistente en suceder contratos temporales para un puesto de trabajo que no tiene ese carácter, quedando en manos de los negociadores definir cuándo este abuso se produce, sumando todos los contratos y atendiendo a las peculiaridades de la empresa o del sector, y ello puede hacerse fijando plazos —como en el inciso primero—; estableciendo un número máximo de contratos a suceder como propone la Directiva o de cualquier otra manera que los negociadores estimen conveniente. No es disponible en cambio el carácter abusivo de la contratación, consistiendo el abuso en la sucesión de contratos con diversos trabajadores por causas falsas o para actividades que no tengan carácter temporal. A mi entender, el precepto no autoriza a la negociación colectiva a extender, por sí propia, el supuesto del primer inciso del art. 15.5 —contratación temporal incluso lícita— al apartado segundo. Como en la redacción anterior, la normativa convencional cierra su llamada en la prevención del fraude y en la simplificación de la detección de los elementos que lo componen.

La exigencia de que esta regulación tenga lugar ya es en sí una novedad importante respecto de la tímida llamada del legislador hasta la fecha, por eso se ha dicho que probablemente se trata de una nueva parcela del «contenido mínimo» del Convenio Colectivo³⁸. Pero es un mandato que, a diferencia de otros —el notorio caso de las llamadas cláusulas de «descuelgue» salarial— carece de contenido legal de aplicación subsidiaria. Hasta el momento en que los negociadores asuman la tarea que el legislador les encomienda, el tratamiento de la contratación abusiva será el conocido jurisprudencial, y habrá que convenir en que la sola ley da a los jueces valiosos elementos definitorios incluso sin desarrollo convencional, que pueden contribuir a delimitar el alcance y el significado del fraude de ley del art. 15.3 ET.

³⁸ Lahera Forteza, *op. cit.*, pág. 67.

3.1.6. *Alguna reflexión final*

La nueva redacción del art. 15.5 ET supone, como ya hemos apuntado, una verdadera revolución en el entendimiento clásico en nuestro sistema de la función legitimadora de las causas de la contratación temporal, con independencia de la duración total de los compromisos a que conducía. Con el precepto comentado se introduce un nuevo límite al juego de la contratación lícita (obviamente no sería extraña la aplicación de esta norma a la contratación ilícita, por definición prohibida dure lo que dure), que no es otro que el tiempo total de duración de los contratos sucesivos, a partir del cual la contratación temporal queda proscrita aunque esté fundada. Por eso, como se ha dicho, a partir de este límite de tolerancia, la única figura que queda para cubrir las necesidades no cubiertas, aunque no sean permanentes, es la contratación del trabajador como fijo. El contrato fijo se convierte ahora en el vínculo prototípico de los compromisos indefinidos temporalmente y de los de larga duración.

Se ha dicho que el nuevo art. 15.5 ET contribuye a interiorizar la Directiva 99/70, insuficiente garantizada por la normativa hasta ahora vigente desde la perspectiva de la prevención de la contratación temporal abusiva. No cabe duda de que el precepto conecta, al menos en una primera lectura, con la preocupación de una Directiva evidentemente orientada a prevenir y no sólo a sancionar este tipo de conductas. Pero no parece que se haya limitado sin más a cubrir ese objetivo y a la correcta implantación de las reglas comunitarias en nuestro ordenamiento. La Directiva, en todo momento, se mueve en torno a la contratación temporal abusiva, no a la lícita, y tiende a mantener la esencia de los contratos implicados. Yo creo que este dato es fundamental para comprender su texto. No otro parece ser el sentido de su Estipulación 5.^ª, apartado 1, cuando recomienda limitar el número de contratos sucesivos (que en principio seguirán siendo temporales, aunque ya no puedan ser utilizados), fijando la duración máxima del periodo de vinculación por contratos temporales o limitando el número de renovaciones de éstos, que, repito, en todo caso mantienen su naturaleza.

La adquisición de la condición de fijo por el trabajador afectado es una posible opción estatal, contemplada en el párrafo 2.^º de la Estipulación 5.^ª y no necesariamente vinculada a ninguno de los supuestos de su inciso primero. El legislador, de algún modo, ha optado por mezclar ambos mandatos y proyectar esa mezcla sobre toda sucesión de contratos temporales de larga vinculación.

No se puede decir que se trate de una propuesta contraria a la Directiva, pero quizás se haya ido un poco más lejos de lo que la propia Directiva exigía. El potencial efecto de esta medida queda abierto a todas las posibilidades: cortar la sucesión de contratos temporales en puestos permanentes



puede ser uno indudablemente beneficioso. Pero puede haber un efecto contrario no tan benigno: incrementar la rotación cuando se acerque el plazo «fatal», sustituyendo al trabajador por otro distinto. Sólo unos negociadores que cumplan adecuadamente la función que tengan encomendada pueden evitar tal tipo de conductas (pues ya se trataría de «distintos» trabajadores y entraría en el área en que deben intervenir). Y, abundando en la finalidad obviamente perseguida por la regla legal, una jurisprudencia atenta a estas prácticas y a su potencial defraudador de un precepto legal podría cortar ese efecto de rotación, si bien en este caso la medida preventiva será verdaderamente el fraude de ley, no el del art. 15.3 ET, sino el del art. 6 del Código Civil.

4. LA REFORMA DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS

Como ha puesto de relieve Pérez Yáñez en un reciente estudio³⁹, comentando precisamente este apartado del RDL 5/2006, la regulación de los contratos formativos en nuestro ordenamiento ha sido un puro vaivén normativo, en buena parte justificado por la «doble alma» que subyace a éstos y que de alguna manera ha contribuido a entorpecer su entendimiento: son contratos cuya finalidad causal es incrementar o adquirir conocimientos profesionales, aumentando la empleabilidad del trabajador joven, pero, por eso mismo de dirigirse al segmento joven de la población activa, desempeñan a la vez un papel de vehículo de inserción de ésta en el mercado de trabajo nada desdeñable. Unas veces ha prevalecido un aspecto, y otras, demasiadas veces, el otro, el de inserción, generándose una fórmula espúrea de contratación temporal a precio reducido de trabajadores jóvenes, cuya efectividad, desde esta perspectiva, tampoco ha sido espectacular.

Las críticas a la orientación ampliatoria del colectivo de destinatarios de estos contratos, que inspiró la reforma de 2001, de alguna manera⁴⁰ han encontrado eco en el legislador, que ha resumido la reforma en este ámbito en el fortalecimiento de los límites de edad para celebrar estos contratos y por ende, en la palpable reducción de su ámbito subjetivo potencial.

³⁹ «Adaptaciones en los contratos formativos y de inserción» en CRUZ VILLALÓN, coord., *La reforma...*, cit., págs. 104 y ss.

⁴⁰ Sobre dicha reforma y su significado, *vid.* DESDENTAD BONETE, «La reforma de la contratación temporal en la ley 12/2001», en GARCÍA PERROTE, coord., *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, Lex Nova, Valladolid 2002, págs. 58 y ss; en parecidos términos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001», *Relaciones Laborales*, 2001-I, págs. 1636 y ss. Además de la ya citada PÉREZ YÁÑEZ, R., «Adaptaciones...» cit..

El círculo de potenciales beneficiarios, tal como queda tras la reforma del art. 11.2.a) ET, es el siguiente:

- límite genérico de edad, trabajadores entre 16 y 21 años.
- hasta los 24 años para los trabajadores desempleados que lo concierden como alumnos trabajadores de Escuelas Taller o Casas de Oficios.
- y sin límite de edad para desempleados que se incorporen en Talleres de Empleo o discapacitados.

Todo ello, conservando «otro de los requisitos vinculados a la persona del trabajador que ya regía para estos contratos... (que) debe tratarse en todo caso de trabajadores que carezcan de la titulación requerida para suscribir un contrato en prácticas»⁴¹, y «en el bien entendido de que el requisito de pertenecer a dicha franja de edad debe cumplirse en el momento de la celebración del contrato sin que se impida que el trabajador supere el límite máximo durante la vigencia del mismo»⁴².

Y todo ello, además, generando la necesidad de las correspondientes reformas y derogaciones de la normativa específica de los Talleres de Empleo, Escuelas Taller y Casas de Oficio, que, como se ha demostrado, de todas formas no está muy lejos de la nueva configuración de topes de edad que se introduce en el RDL⁴³, con la salvedad de la importante derogación por oposición de la Disposición Adicional 15.^a ET, al enunciar el colectivo de sujetos en situación de exclusión social «a los efectos previstos en la letra a) del apartado 2 del art. 11 ET», sin cuya base queda aquélla privada de fundamento. Es claro que la política de empleo de estos colectivos debe, en la actualidad, seguir otros derroteros.

5. LA SUPRESIÓN DEL CONTRATO DE INSERCIÓN

El contrato de inserción fue un polémico añadido al elenco de contratos temporales causales, que en buena parte respondía —aparte de su lógica más o menos discutible desde la perspectiva del propio art. 15 ET— a una causa fundamental: una larga tradición de recurrir a contratos temporales por las Administraciones y entidades sin ánimo de lucro en aras de la realización de obras de interés general o social asociadas a acuerdos con el INEM en el marco de políticas activas de empleo⁴⁴, por eso se ha dicho con razón

⁴¹ PÉREZ YÁÑEZ, R., *op. cit.*, pág. 111.

⁴² PÉREZ YÁÑEZ, R., *op. cit.*, pág. 112.

⁴³ Para una visión de la normativa de estas instituciones, y sus disfunciones tras la reforma, *vid.*, PÉREZ YÁÑEZ, R., *op. cit.*, págs. 113 y 114.

⁴⁴ Sobre el contrato de inserción, sus finalidades y su régimen jurídico, *vid.*, SIRVENT HERNÁNDEZ, N., *El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, págs. 36 y ss.



que «los programas de contratación de desempleados en obras o servicios de interés general y social deben ser vistos como una medida de inserción más que como instrumento genérico de creación de empleo, en el sentido de que a través de los mismos no se trata únicamente de proporcionar un empleo a quien está desocupado sino de preservar su “ocpabilidad”, impidiendo que períodos prolongados de desempleo... puedan deteriorar (e incluso anular) sus expectativas futuras de trabajo»⁴⁵. Una valoración que, ciertamente, estaba lejos de justificar la introducción de estos modelos de contratos en el ámbito de la llamada contratación temporal «estructural».

El contrato de inserción, sin embargo, una vez introducido, tuvo una vida azarosa⁴⁶, que ahora culmina con la desaparición, por obra de la reforma del RDL 5/2006. Y tuvo una «incidencia mínima» en los volúmenes de contratación, que las cifras confirman⁴⁷; el fin de la peripecia es que en 2006 ya no estaba prevista partida presupuestaria para la financiación de estas figuras contractuales, por eso se ha dicho con razón que «posiblemente la supresión de esta figura no sea tanto consecuencia de lo acordado como certificación de una realidad ya existente»⁴⁸.

La cuestión es que, sin consignación presupuestaria y desaparecido el contrato, no puede decirse que hayan desaparecido del todo los marcos jurídicos en que esta figura contractual tomó aliento. Así las cosas, es preciso depurar y clarificar ese marco normativo en general a tono con el sentido de la reforma, o se daría la paradoja de que habría que desempolvar el viejo contrato de colaboración social, perdido entre las normas de empleo desde 1982.

No queda sino subrayar que la Comisión de Expertos cuyo informe está en el inicio de la reforma insinuó la posibilidad de que la solución no fuese tan drástica; de que se conservase el contrato de inserción precisamente para facilitar a los contratos formativos desarrollar su verdadera función. Descartada la propuesta, queda por ver la efectividad de la opción escogida, de reducir el marco subjetivo de los contratos formativos y la ductilidad de es-

⁴⁵ SIRVENT HERNÁNDEZ, N., *op. cit.*, pág. 36.

⁴⁶ SIRVENT HERNÁNDEZ, N., págs. 70 y ss; PÉREZ YAÑEZ, R., *op. cit.*, págs. 119-120, para la evolución reciente y en especial la posterior a 2004.

⁴⁷ Según información proporcionada por el INEM sobre contratación temporal (con datos a diciembre de los sucesivos años), en 2002 se habían suscrito 52.724 contratos de esta naturaleza, sobre un total de 13.639.494 contratos; en 2003 la cifra fue de 89.247, sobre 14.11.240 contratos; en 2004 comienza un discreto descenso, con 67.523 contratos sobre 15.737.340, que se hace caída en picado en 2005, con 4.969 contratos sobre un total de 16.464.882.

⁴⁸ PRADOS DE REYES, F., «Acuerdos para la reforma laboral en materia de concatenación de contratos temporales, contrato para la formación y contrato de inserción profesional», CARL, *Boletín Informativo* núm. 3, pág. 3 del original.

tos para contribuir en todas las formas en que sea necesario su concurso para incrementar la empleabilidad de los trabajadores.

En éste, como en todos los demás casos, y «siguiendo el criterio a que nos tiene acostumbrados el legislador para los supuestos en que la reforma afecta a las modalidades contractuales, los contratos de inserción seguirán rigiéndose por la normativa vigente en el momento en que se celebraron»⁴⁹.

6. CONTRATOS TEMPORALES ESTRUCTURALES Y FOMENTO DEL EMPLEO: LA REGLA Y SUS EXCEPCIONES

Como es sabido, nos encontramos ante una reforma que formal y realmente fija su objetivo en la potenciación de la contratación laboral indefinida. Ello trae como consecuencia lógica el mantenimiento de la tendencia a suprimir contratos temporales específicos como medida de fomento del empleo, con la salvedad de las personas con discapacidad (art. 2.2 RDL 5/2006). En consecuencia toda la contratación temporal tendrá que regirse por el principio de causalidad del art. 15 ET.

No obstante lo anterior, las bonificaciones a la contratación temporal se mantienen —siempre referidas a contratos temporales ordinarios— proyectadas sobre colectivos con especiales dificultades de contratación como las víctimas de violencia de género (art. 2.3), ó personas en situación de exclusión social (art. 2.4), y, por supuesto, discapacitados (art. 2.2), si bien en este caso es posible el recurso al contrato temporal de fomento del empleo de que se ha hablado.

Como se ha dicho, se trata de reglas no del todo nuevas que introducen incentivos a la contratación temporal prioritaria de estos colectivos, siendo la bonificación y no la flexibilidad añadida del contrato temporal el verdadero incentivo. «Se trata, en definitiva, de que esas personas consigan empleo, siendo suficiente la existencia misma del contrato de trabajo, aunque sea de naturaleza temporal»⁵⁰.

⁴⁹ PÉREZ YÁÑEZ, R., *op. cit.*, pág. 120.

⁵⁰ GONZÁLEZ ORTEGA «Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión de empleo temporal en fijo» CRUZ VILLALÓN, *La Reforma*, cit., págs. 236-237



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

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

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

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

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

EXTRACTO

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

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

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

ÍNDICE

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

1. EL DESAFÍO DE LA INESTABILIDAD

Resulta innecesario insistir en que la inestabilidad en el empleo —manifestada fundamentalmente en las altas tasas de temporalidad— constituye un problema estructural de enorme significación en el mercado de trabajo español. Desde luego, las comparaciones internacionales deben acogerse con cierta cautela¹, puesto que distintos sistemas jurídicos pueden desplegar mecanismos diversos (formales o informales) de precarización del empleo en aras a la obtención de flexibilidad desde la perspectiva empresarial, pero, aún así, parece evidente que las altas tasas de temporalidad resultan sumamente preocupantes. Esta inestabilidad es el reflejo de un modelo de competitividad, que se ha dado en llamar —de manera muy gráfica—, «flexibilidad en los márgenes»², firmemente asentado en la cultura empresarial española. Seguramente hay que buscar las razones que explican la cristalización de este modelo productivo en las estrategias concretas de adaptación a la crisis económica y al problema del desempleo asumidas durante los años 80³; en este caso, la regulación jurídica (en particular, la permisón de la

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

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

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

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

Ahora bien, no obstante el protagonismo de las normas jurídicas en la génesis de la «cultura de la temporalidad», no parece probable que esta realidad vaya a alterarse sustancialmente mediante el exclusivo recurso a la reforma legislativa⁴. Prueba de ello es la persistencia del modelo a pesar de las reformas laborales de los años 90. Así, por ejemplo, ni la flexibilización de la causa de despido por causas empresariales, ni el retorno formal a la causalidad en la contratación temporal han conseguido impulsar un cambio radical en las estrategias de los empleadores. A estos efectos, resulta especialmente llamativo el hecho de que la exigencia —teórica— de una causa prevista por la ley para celebrar un contrato temporal no ha reducido significativamente el recurso masivo a estas modalidades «atípicas»⁵; de un lado, porque se han aprovechado los resquicios de la legalidad (como la permisón del contrato de obra o servicio determinado para las contratas, combinada con el recurso a la descentralización), de otro lado, porque, al parecer, se han incumplido masivamente las previsiones normativas.

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

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

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

hacen los demás—, lo que produce «fallos de coordinación» que en último término derivan en disfunciones sociales y económicas⁶.

Los efectos perniciosos para el conjunto de la sociedad de este modelo competitivo son muy variados, y afectan a intereses diversos⁷. Algunos de estos efectos negativos presentan una clara dimensión jurídica: de un lado, el incumplimiento generalizado de las normas sobre causalidad en la contratación temporal, o la «huida legal» de ellas, suponen una clara deslegitimación de estas previsiones, así como del ordenamiento laboral en su conjunto; de otro lado, la preferencia legal por la contratación indefinida⁸ queda notablemente distorsionada por la inversión de la regla en el plano de la realidad empírica.

En este contexto en el que la elevada temporalidad produce resultados perniciosos para la sociedad —incluso, en algunos casos, para los propios empresarios—, tanto las cúpulas de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal como el Gobierno han manifestado claramente en los últimos años —especialmente desde el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 1997— su preocupación por la temporalidad excesiva o inadecuada, así como su apuesta por una mayor estabilidad en el empleo. En el proceso negociador de la reforma laboral de 2006 esta cuestión ha estado presente desde el principio: en la Declaración para el Diálogo Social de 2004⁹ las partes estaban de acuerdo en considerar el alto nivel de temporalidad como un problema fundamental del mercado de trabajo español, lo que no ha impedido que existieran profundas discrepancias en lo que refiere a los medios más oportunos para superar esta situación disfuncional. En el texto final del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo firmado el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME (en adelante AMCE), son

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

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

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

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



también claras las declaraciones de los firmantes favorables a la estabilidad en el empleo y contrarias a un uso «inadecuado» de la contratación temporal; estos objetivos se repiten en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2006¹⁰ para la mejora del crecimiento y del empleo promulgado para proporcionar al AMCE eficacia legal.

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

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

En primer lugar, debe subrayarse lo señalado anteriormente acerca de la difícil (o imposible) reversión del modelo de flexibilidad en los márgenes mediante el exclusivo recurso a la modificación de la legislación laboral¹¹. Los interlocutores sociales eran perfectamente conscientes de que cualquier medida laboral adoptada, por positiva que resultara, sería insuficiente por sí sola para abordar de manera eficaz el problema de la inestabilidad en el empleo¹².

¹⁰ BOE núm. 141 de 14-6-2006.

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

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

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

En segundo lugar, también en relación con lo señalado en el epígrafe anterior, la magnitud de la utilización indebida de la contratación temporal es de tal calibre que las medidas restrictivas o represivas parecen *a priori* de eficacia dudosa¹³. En la medida en que se perciba que la amenaza del castigo o sanción negativa está resultando ineficaz, podría ponerse un mayor énfasis en la utilización de sanciones positivas como incentivos o premios¹⁴.

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

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

En lo que refiere al Gobierno, parece que, debido a sus estrategias globales, tenía dos objetivos principales en este proceso: a) llevar a cabo una reforma laboral en esta legislatura que abordara la cuestión de la inestabilidad y b), que esta reforma contara con la participación de los interlocutores sociales más representativos a nivel estatal. Aunque ciertamente el Ejecutivo presentó un documento con algunas propuestas concretas cuando el proceso negociador llevaba un tiempo funcionando, el contenido de la modificación legislativa no era tan importante como el hecho de que se llegara a ella mediante el consenso, lo que proporcionaría una indudable legitimación a sus políticas¹⁵.

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

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

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

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

Por otra parte, los sindicatos no podían permitirse desde el punto de vista organizativo un acuerdo únicamente «bilateral» (excluyendo a la patronal) en materia de regulación del mercado de trabajo, dado que ello no sólo significaría una menor aceptación de las medidas, sino que, sobre todo, dejaría en la incertidumbre la participación de las organizaciones sindicales en reformas futuras. Resulta bastante previsible que la regulación del mercado de trabajo —materia que, por otra parte, presenta una gran importancia estratégica para los sindicatos— va a ser objeto de reformas sucesivas¹⁶. Parece que los interlocutores sociales han estado intentando «conquistar» definitivamente este terreno para la concertación social¹⁷, de manera que, en la práctica, cualquier reforma laboral de importancia (por ejemplo, toda modificación legislativa que afecte a la contratación temporal o a los costes de despido), haya de ser pactada. En este sentido, una ruptura del consenso

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

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

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

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

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

En lo que refiere al contenido del acuerdo, los líderes sindicales tenían serias dificultades para afrontar el problema desde una nueva flexibilización del despido (aunque hubieran querido hacerlo). Desde luego, resultaba inviable para los sindicatos afrontar el problema de la temporalidad mediante la reducción de los costes de despido de los trabajadores que estuvieran ya contratados por tiempo indefinido, dado que éstos conforman la mayor parte de sus afiliados y electores¹⁸, siendo la regulación del despido una materia especialmente sensible. Por la misma razón, era bastante difícil que los sindicatos aceptaran una nueva flexibilización de las causas empresariales; si pudieron pactar en 1997 una reducción de las exigencias causales, ello se debió seguramente a la amenaza de una intervención gubernamental, que, por un lado, incidiera aún más en la desregulación y, por otro lado, marginara a los sindicatos de los futuros procesos de adopción de decisiones¹⁹, y, aún así, la ambigüedad de la definición de la causa (tanto en la versión anterior a 1997 como en la posterior) permitía considerar de manera un tanto forzada que no había operado flexibilización alguna²⁰, sobre todo cuando al mismo tiempo la tendencia a favorecer la libertad de los empresarios para despedir por causas empresariales comenzaba a encontrar eco en los tribunales.

Respecto a la patronal, resulta destacable, a nuestro juicio, que también se encontraba en una posición de debilidad relativa, en este caso por sus dificultades para coordinar los intereses concretos de las empresas y para influir en su conducta. Como es sabido, no existen en la actualidad métodos fiables para determinar la representatividad de las organizaciones empresariales²¹; es muy posible que las tasas reales de afiliación sean relativamente bajas, dado que los incentivos para asociarse no son demasiado significativos en términos generales y, en todo caso, la afiliación generalizada de las

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

¹⁹ *Ibid.*, págs. 315-317.

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

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

asociaciones empresariales territoriales y sectoriales a CEOE/CEPYME no garantiza una estructura organizativa fuertemente cohesionada. No pretendemos decir con ello que la patronal española no haya hecho un importante esfuerzo por representar de manera eficaz y solvente los intereses de las empresas; al contrario, la legitimidad real de las organizaciones empresariales más representativas se fundamenta precisamente en su capacidad para que los empresarios se consideren representados por ellas²². Ahora bien, al no ser organizaciones suficientemente fuertes (en términos relativos), presentan una capacidad limitada para la articulación y coordinación de intereses, de manera que tienen mayor facilidad para defender intereses empresariales difusos y poco discutibles para la generalidad de los empleadores —como la reducción de costes laborales— que para fomentar intensamente estrategias de competitividad específicas y determinadas como el abandono del vigente modelo de competitividad.

Así pues, aunque la patronal sea consciente de los «fallos de coordinación» anteriormente mencionados, que podrían hacer poco rentable la «flexibilidad en los márgenes» (por ejemplo, debido a la pérdida de productividad), no tiene demasiada capacidad para influir significativamente en las empresas con objeto de coordinar sus estrategias. Es por ello que, a pesar del compromiso explícito de CEOE y CEPYME con la estabilidad en el empleo en el año 1997, las empresas españolas han seguido haciendo un uso excesivo de la contratación temporal. En este contexto, parece muy difícil que las organizaciones empresariales más representativas puedan apoyar medidas que restrinjan efectivamente la libertad real que tienen los empresarios para celebrar contratos temporales (pues ello las deslegitimaría respecto de su base); la importancia simbólica de su participación en el acuerdo les permite, sin embargo, «vetar» estas medidas si son propuestas por los sindicatos o el Gobierno. Por otra parte, aunque lógicamente, en esta ocasión han pretendido también flexibilizar el despido²³, las organizacio-

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

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

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

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

Todos estos condicionamientos organizativos de los firmantes del AMCE implican que, para todos ellos, la prioridad máxima era, en primer lugar, que se obtuviera un acuerdo que no excluyera a ninguna de las partes —quedando posicionados para reformas futuras—; en segundo lugar (en el caso de sindicatos y organizaciones empresariales), que el acuerdo no incluyera determinadas propuestas de la contraparte²⁴. Estas estrategias conectan con la tendencia ya mencionada a que, ante el incumplimiento generalizado de los empresarios de la normativa relativa a la contratación temporal se opte por la técnica de la sanción positiva, que «premie» a aquellos empleadores que se ajusten al modelo normativo de estabilidad.

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

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

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



producido igualmente —como en otras ocasiones— sin mediar acuerdo, pero que proporciona contenido al intercambio de legitimación entre las partes²⁵; no parece que esta promoción pública consista, por tanto, en una concesión «arrancada» al Gobierno por los interlocutores sociales (de hecho, los cambios más significativos en las bonificaciones estaban recogidos ya en la propuesta del Gobierno para la mesa de diálogo), aunque seguramente el carácter dialogado de las medidas haya contribuido a que éstas hayan sido más ponderadas que una eventual intervención unilateral. Tampoco parece que el carácter pactado de la norma sea especialmente relevante para garantizar su eficacia en lo que refiere a las bonificaciones (al contrario de lo que sucede, por ejemplo, respecto de las medidas que prevén la intervención de la negociación colectiva). Lógicamente el empresario optará o no por contratar por tiempo indefinido en función de lo que perciba más adecuado para sus intereses y no en función de que se sienta representado por las organizaciones patronales, sin que ello implique que rechazamos *a priori* los posibles efectos simbólicos de esta declaración tripartita.

Desde luego, en el AMCE (y en el RD-Ley 5/2006) se prevén algunas medidas relacionadas con el objetivo de promover el empleo estable que no se llevan a cabo mediante la técnica del incentivo —la más directamente dirigida a esta finalidad es la limitación al encadenamiento de contratos temporales—; no nos corresponde a nosotros ocuparnos de ellas, aunque debemos indicar que, en nuestra opinión, no oscurecen la absoluta centralidad de la función promocional del Derecho en esta reforma, al menos en lo que refiere a la lucha contra la inestabilidad en el empleo²⁶.

3. LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE DESPIDO COMO INCENTIVO

3.1. El «problema» de los costes de despido

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

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

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

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

El abaratamiento del despido, desde luego, puede resultar una vía paradójica hacia la estabilidad si se asume de manera estricta, dado que resulta claramente contradictorio incentivar la estabilidad del empleo facilitando la extinción del contrato²⁷. Aunque la modalidad contractual a la que el trabajador se adscribe puede tener una cierta importancia, la estabilidad o inestabilidad de su permanencia en el empleo no depende, lógicamente, de la denominación de esta modalidad, sino más bien de la regulación legal que efectivamente se le aplique, o bien de la regulación informal derivada de las prácticas empresariales²⁸. Ello debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar el éxito o el fracaso de los procesos de reforma; no basta con considerar el número de contratos por tiempo indefinido realizados, sino que hay que considerar asimismo si estos contratos son verdaderamente estables²⁹. En un contexto en el que la inestabilidad del empleo se ha convertido en la estrategia prevalente de los empresarios, una reducción de la proporción de contratos temporales no tiene por qué implicar necesariamente una reducción de la inestabilidad, puesto que los empleadores podrían haber encontrado un «equivalente funcional» que proporcionara otro revestimiento jurídico a sus estrategias de competitividad (por ejemplo, unos costes de extinción bajos para los contratos indefinidos).

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

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

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

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

den tanto aumentar «la estabilidad en el empleo» en términos globales, sino más bien un mejor «reparto» entre los trabajadores de la inestabilidad generada por los factores de naturaleza puramente económica. Se trataría entonces de acercar las distancias entre los costes de despido de los trabajadores contratados por tiempo indefinido y los costes de la extinción de los contratos por tiempo determinado, reduciendo, por consiguiente, los incentivos para la contratación temporal mediante una mayor equiparación entre distintos grupos de trabajadores³⁰. Seguramente (debido a los problemas organizativos anteriormente mencionados), habría de limitarse este «reparto» a las nuevas contrataciones, lo que implicaría, de un lado, que los efectos sobre la eliminación de la segmentación operarían a muy largo plazo, de otro lado, que se produciría como efecto secundario no deseado una multiplicación de los regímenes de estabilidad de los trabajadores.

En todo caso, parece que estas propuestas parten de la premisa de que los costes de despido de los trabajadores indefinidos son «demasiado» elevados; la cuestión, a nuestro juicio, está mal planteada. Desde luego, la valoración es relativa, dependiendo de los intereses que se tomen en consideración: para los trabajadores indefinidos, estos costes serán siempre demasiado reducidos, mientras que para los empresarios —y quizás para los trabajadores desempleados o temporales—, siempre demasiado elevados; por esta razón, suele recurrirse a las comparaciones internacionales, lo que plantea algún que otro problema metodológico³¹. En todo caso, cuando afirmamos que la cuestión está mal planteada no nos referimos a esta relatividad o a estas dificultades metodológicas, sino a dos problemas de fondo que vician el debate sobre los costes de despido: la distorsión de la causalidad del despido y la excesiva dominancia del criterio de la antigüedad en la empresa³².

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

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

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

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

máximos correspondientes); esto seguramente tiene sentido desde un punto de vista económico —planteando las diferencias con respecto a la extinción procedente de los contratos temporales, con el loable propósito de eliminar la segmentación—, pero desde la perspectiva jurídica resulta completamente inaceptable³³.

Las indemnizaciones por despido improcedente son la principal respuesta del ordenamiento frente a un ilícito contractual, mientras que la extinción de un contrato temporal causal no fraudulento por haber finalizado el plazo previsto o haberse terminado la obra o servicio que justificaban el contrato, es un acto perfectamente ajustado a la legalidad, con independencia de que a esta extinción lícita se le apareje o no una indemnización compensatoria; en todo caso, no se trata de la reacción ante un ilícito contractual de escasa importancia, dado que estas sanciones son la garantía última del principio de causalidad del despido que se deriva del artículo 35 de la Constitución³⁴, así como del artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT. Desde una óptica jurídica puede plantearse si estas sanciones son proporcionadas a la gravedad del ilícito (por resultar «demasiado» elevadas o «demasiado» bajas), si resultan adecuadas para cumplir sus fines o si son suficientemente disuasorias como para salvaguardar el principio de causalidad del despido, pero resulta completamente disfuncional descargar sobre ellas las necesidades o intereses empresariales de adaptarse a la incertidumbre de la realidad económica.

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

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

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

pedido que subsistan inercias derivadas de las estrategias de adaptación empresarial a una regulación «demasiado» rígida; desde luego, todavía se podría facilitar aún más el despido por causas empresariales sin que las exigencias de causa se vacíen completamente de contenido (aunque es discutible si ello es estrictamente necesario o conveniente). Pero lo que no resulta compatible con el principio de causalidad —pudiendo llegar incluso a la inconstitucionalidad— es vaciar de contenido la exigencia de causa empresarial, sosteniéndola en un plano formal, pero atribuyéndole unas indemnizaciones irrisorias para despidos completamente arbitrarios³⁵.

En segundo lugar, la cuestión está mal planteada porque no toma en consideración la absoluta dominancia de la antigüedad en el cálculo de las indemnizaciones, que no tiene en cuenta otros factores como la buena o mala fe del empresario, la presencia o no de algún atisbo de causa, aunque insuficiente, o la capacidad económica de la empresa, ni prevé «topes mínimos» para los trabajadores menos antiguos. De hecho, en nuestra opinión, la segmentación del mercado de trabajo entre trabajadores estables e inestables no se refiere exclusivamente a la distinción entre trabajadores «fijos» y «temporales». Las modalidades de contratación temporal son sólo el principal de los dos mecanismos jurídicos por los que se articula la inestabilidad; el otro es el de la significativa importancia del criterio de la antigüedad en la empresa para el cálculo de las indemnizaciones (circunstancia que consideramos muy relevante, pero que se ha sobredimensionado en nuestro ordenamiento jurídico). Ambas estrategias se consolidaron en el contexto de la crisis del empleo, seguramente para evitar una sustitución de los trabajadores maduros menos cualificados por jóvenes mejor cualificados, que podría haber tenido consecuencias muy graves sobre nuestro régimen del bienestar, de corte familiarista³⁶; el resultado es una protección reforzada del «va-

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

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

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

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

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

gurosa, sino más bien aportar un ejemplo ilustrativo); en estos contratos se permite la extinción sin causa durante los dos primeros años de vigencia de la relación, con una indemnización del 8% del salario total recibido —esto es, el equivalente a 29'2 días de salario por año de servicio—, cifra que no parece muy lejana a los 33 días de salario por año previstos en el contrato para el fomento de la contratación indefinida (sin que en ella hayamos incluido la contribución adicional del 2% debida al *Assedic*). Materialmente, no hay diferencia alguna entre afirmar que el despido no tiene causa pero se devenga una indemnización y sostener que el despido es causal, pero previendo una indemnización de cuantía semejante para el incumplimiento³⁷. La segunda posibilidad es técnicamente deficiente, dado que la norma en cuestión resulta ineficaz para cumplir la finalidad a la que teóricamente sirve (la garantía de la causalidad del despido); existe, por supuesto, una «finalidad antijurídica» que se garantiza en mayor medida: favorecer el despido sin causa, pero este objetivo no puede atribuirse al precepto correspondiente si se examina desde una perspectiva estrictamente jurídica, dado que es manifiestamente ilegal. Aún siendo técnicamente deficiente, esta segunda posibilidad podría servir mejor al propósito no confesado de facilitar el despido sin causa, en tanto contribuyera a reducir el descontento social que provocaría una medida que no oscureciera sus propósitos desreguladores.

2.2. El contrato para el fomento de la contratación indefinida

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

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

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

A nuestro juicio, y, de acuerdo con lo señalado en el epígrafe anterior, el contrato para el fomento de la contratación indefinida es una solución equivocada, puesto que afronta el problema de la flexibilidad del despido desde una reducción de los costes derivados del despido improcedente, al tiempo que proyecta una cierta desconfianza de los agentes sociales respecto a la noción de causa empresarial de despido que ellos mismos habían pactado en el propio Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo. En todo caso, debe valorarse positivamente que, en este caso, la flexibilización a través de la indemnización por la extinción ilícita no ha supuesto un deterioro importante del principio de causalidad: la diferencia de los 45 a los 33 días resulta tan insignificante para los trabajadores de escasa antigüedad como las propias indemnizaciones; por otra parte, el deseo de los empleadores de evitar el cumplimiento de los plazos de preaviso (o su sustitución por el salario correspondiente) los impulsa seguramente a acudir al módulo de 45 días para despedir a trabajadores que no tengan excesiva antigüedad³⁸. De hecho, probablemente el cambio más significativo no es la diferencia de 12 días por año en el módulo de cálculo de la indemnización, sino la significativa reducción del tope máximo de la indemniza-

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

ción de 42 a 24 meses³⁹. Esta rebaja del tope máximo seguramente trata de solucionar los eventuales «excesos» en la protección de los trabajadores que en el futuro alcancen cierta antigüedad, si bien no tiene en cuenta la capacidad económica de la empresa ni el posible carácter arbitrario de la medida empresarial; se desaprovechó, empero, la oportunidad para imponer a cambio de esta rebaja de los topes máximos, unos topes mínimos para los trabajadores de escasa antigüedad, que habrían debido aplicarse igualmente a la extinción ilícita de los contratos temporales, de manera que no se incentivara su uso.

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

En cuanto a su ubicación sistemática, resulta significativo que una figura contractual tan frecuentemente utilizada no se regule en el Estatuto de los Trabajadores, sino en la Disposición Adicional Primera de una Ley con clara vocación de provisionalidad, que en muchos casos se limita a modificar otras leyes; esta maniobra —llevada a cabo únicamente por razones políticas, y no de técnica jurídica—, ha sido criticada certeramente por la doctrina⁴⁰. La reforma de 2006 constituía una nueva ocasión para la normalización de la ubicación sistemática de esta figura, no obstante lo cual, los firmantes del AMCE, haciendo gala de la cautela que se ha manifestado en todo este proceso negociador, han optado por mantener este contrato en la penumbra jurídica, dato que nos parece muy negativo, aunque en todo caso no compartimos, como se ha visto, la solución de fondo que esta figura contractual ofrece.

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

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

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

En tercer lugar, la reforma podría —teóricamente— haber consolidado la indemnización por despido improcedente para todos los trabajadores, eliminando por tanto las diferencias entre los contratos indefinidos ordinarios y los contratos para el fomento de la contratación indefinida (incluso con carácter retroactivo). Por las razones organizativas señaladas anteriormente, no era posible que los sindicatos hubieran aceptado una reducción de los costes de despido que se aplicara con carácter retroactivo; incluso las propuestas de la patronal —que propugnaban la generalización de las indemnizaciones reducidas, entre otras razones, supuestamente, para «evitar la segmentación entre dos tipos de indefinidos»—, incorporaban un régimen transitorio que habría de aplicarse a los contratos firmados con anterioridad a la reforma⁴¹. Aunque el mantenimiento de la marginalidad de la figura nos parece en este caso razonable, debe tenerse en cuenta asimismo que la «protección» brindada a los trabajadores antiguos es en este caso un «arma de doble filo», puesto que podría incentivar que el empresario se «deshiciera» de estos trabajadores antes de que sigan ganando antigüedad; ciertamente, el efecto de sustitución de trabajadores se haya en cierto modo limitado por las disposiciones del número 5 de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 12/2001, pero esta limitación no es, ni mucho menos absoluta⁴².

En cuarto lugar, el AMCE podría haber intentado eliminar —como proponía la patronal— o atenuar —como sugería el Gobierno— las restricciones subjetivas para acceder al contrato para el fomento de la contratación indefinida. Una vez más, aunque no nos parece que este contrato sea una buena solución para afrontar la inestabilidad, la situación provocada por su posición de «marginalidad formal» derivada de la necesidad política de presentarlo como una figura excepcional carece de toda lógica. Las estadísticas sobre la celebración de contratos indefinidos⁴³ sugieren que el uso de

⁴¹ «Planteamientos empresariales ...», *op. cit.*, págs. 24-25.

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

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



esta modalidad dista mucho de ser marginal en la práctica⁴⁴: de un lado, porque la definición de los colectivos susceptibles de contratación por esta vía es ya de por sí bastante amplia; de otro lado, porque continuamente se «revitaliza» el contrato mediante la permisión —coyuntural, y casi cíclica— del acceso a esta modalidad de contratación para los trabajadores que tuvieran contratos temporales en la misma empresa. Por otra parte, las estadísticas sugieren que aunque la modalidad supuestamente «excepcional» es más bien la regla general en la contratación indefinida, la utilización del contrato indefinido ordinario dista mucho de haber desaparecido, y de hecho, se mantiene en niveles bastante significativos⁴⁵. El resultado de todo ello es una caótica fragmentación de regímenes jurídicos en la que las diferencias indemnizatorias se atribuyen a circunstancias meramente coyunturales, o bien a la pertenencia a colectivos específicos, lo que, en nuestra opinión, constituiría el peor de los casos.

En efecto, la utilización de los grupos que se encuentran en desventaja en el mercado de trabajo como «estandartes» para justificar la desregulación difumina el hecho de que la conveniencia de la técnica de acción positiva supuestamente utilizada es, cuanto menos, dudosa; esto implica que la generalización de la figura a todo tipo de trabajadores no resulte tan indeseable como podría parecer a simple vista. Una cosa es promover la contratación estable de estos colectivos víctimas de discriminación mediante subvenciones y bonificaciones públicas o sistemas de cuotas, y otra bien distinta es incentivar esta contratación mediante una reducción de la retribución de estos trabajadores respecto a quienes realizan un trabajo de igual valor pero no pertenecen a estas categorías; esta circunstancia se apreciaría más claramente si el incentivo para la contratación hubiera consistido en una disminución del salario, pero, de acuerdo con la Jurisprudencia del TJCE, las indemnizaciones por despido deben calificarse como retribución a efectos de aplicación del principio de igualdad de trato⁴⁶.

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

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

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

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

En este sentido, una eventual modalidad contractual prevista sólo para mujeres con la indemnización por despido reducida, sería a nuestro juicio contraria al artículo 141 TCE por más que se alegaran razones relativas a la mayor facilidad de contratación. En cambio, si la figura se aplicara exclusivamente a otras categorías sociales (como los jóvenes o los trabajadores maduros), una vez confirmada la adscripción directa, habría de valorarse la diferencia de trato para analizar si globalmente presenta un carácter desfavorable para los grupos afectados, teniendo en cuenta que la cuantía de la indemnización no sólo ha de considerarse parte de la retribución, sino que, además, incide en la estabilidad en el empleo, en las relaciones de poder entre trabajador y empresario e, indirectamente, en las relaciones de poder entre los propios trabajadores⁴⁷. En la práctica, esta valoración sería extremadamente difícil, dado que los posibles beneficios y perjuicios se basan en expectativas de contratación o despido difícilmente constatables y, en lo que refiere a la contratación (que, evidentemente, se materializa siempre que se use la figura de indemnización reducida), sería difícil deslindar el efecto del «peso muerto» (que trataremos más adelante), esto es, el hecho de que el empleador podría haber contratado a la misma persona, incluso por tiempo indefinido, aunque no se hubiera rebajado el coste del despido ilícito.

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

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



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

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

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

4.1. La eficacia de las bonificaciones

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

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

to que en ella confluyen habitualmente, al menos, tres finalidades diferentes: a) el fomento del empleo; b) el incentivo para la contratación indefinida, por oposición a la contratación temporal; y c) la acción positiva, destinada a promover a grupos objeto de discriminación en el mercado de trabajo, fomentando particularmente su contratación, y, en su caso, que ésta se lleve a cabo mediante contratos indefinidos. Es preciso separar analíticamente estas tres finalidades para evaluar la eficacia de la medida; en este trabajo nos ocuparemos tanto de la segunda finalidad (el fomento de la estabilidad), como de la tercera (la acción positiva), que trataremos en el epígrafe siguiente. En esta ocasión, existen, además, objetivos adicionales en algunas bonificaciones, que de algún modo se apartan del resto desde un punto de vista teleológico, aunque subsiste la atención a colectivos específicos y se añade mecánicamente la exigencia de que el contrato tenga un carácter indefinido; esto sucede cuando se promueve el mantenimiento en el empleo de las mujeres reincorporadas tras una suspensión relacionada con el cuidado de hijos⁴⁹ (en la que se premia el empresario por no discriminar), o de los trabajadores de 60 o más años con una antigüedad en la empresa de 5 años o más, supuesto que no se había pactado en el AMCE, sino que ha sido añadido por Gobierno en la norma que lo aplica⁵⁰. La exigencia de contrato indefinido carece en este caso de todo fundamento y se debe simplemente a la confusión de las finalidades pretendidas por la norma; en cualquier caso, el efecto de la distorsión es muy pequeño, por cuanto la casi totalidad de los trabajadores incluidos en estos supuestos de hecho tendrán contratos de carácter indefinido; ahora bien, la mención resulta inadecuada en la medida en que pudiera quedar algún resquicio merecedor de una protección idéntica (como sucede con la posible reincorporación tras la suspensión por maternidad de quien está contratado temporalmente si el término del contrato lo permite).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sas, la diferencia en la cotización empresarial entre uno y otro tipo de contrato ha quedado en un 0'95% (el 1'95% si la comparación se hace con un contrato temporal a tiempo parcial); no parece que esta cuantía resulte especialmente determinante en la decisión empresarial de contratar bajo una u otra modalidad⁵⁴, aunque podría acumularse con otros posibles beneficios derivados de la contratación indefinida.

Por otra parte, llama la atención la desaparición del tipo cualificado relativo a la contratación temporal realizada por ETT's para la puesta a disposición de los trabajadores contratados; esta reducción presenta una cierta lógica, por cuanto las garantías impuestas a las ETT's y su desbordamiento por parte de las empresas de servicios, entre otras razones, están cambiando la imagen pública de las primeras, que en cierta medida están dejando de percibirse como «adalides» de la precariedad⁵⁵. Aún así, no deja de resultar algo extraña la medida en una reforma destinada a fomentar el empleo estable respecto al de carácter temporal⁵⁶, como mínimo por la posible distorsión o confusión del efecto «simbólico» o «pedagógico» de la reforma legislativa —la generación de pautas culturales favorables a la estabilidad—, en el contexto de una reforma laboral de pequeños cambios puntuales que no lleva a cabo grandes transformaciones globales.

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

En primer lugar, se ha simplificado significativamente la enorme diversidad de grupos y cuantías que ha venido operando en los planes anteriores⁵⁷. Este cambio debe ser acogido favorablemente, dado que la mayor

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

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

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

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

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

En segundo lugar, se ha sustituido la bonificación variable por una cantidad a tanto alzado. En el texto del AMCE, este cambio planteaba dudas, porque podría haber implicado el abandono de la técnica de las bonificaciones a las cotizaciones de la Seguridad Social (a pesar del mantenimiento del término), sustituyéndolas por lo que más propiamente podría denominarse «subvenciones». Ello implicaba, en principio, algunos problemas adicionales de eficacia: por una parte, si la subvención hubiera de ser solicitada y reconocida mediante expediente administrativo, podrían ser menores los incentivos para beneficiarse de ella si la cantidad percibida no fuera muy elevada; por otra parte, si la cantidad a tanto alzado se abonara por el mero acto de la contratación o anualmente, sin vincularse a la estabilidad en el empleo, facilita las posibilidades de fraude⁵⁸. Finalmente, el RDL 5/2006 ha despejado las dudas al respecto, indicando (art. 2.1) que la cantidad a tanto alzado se descontará mensualmente —o, en su caso, diariamente— de las cotizaciones a la Seguridad Social⁵⁹, sin que éstas puedan desaparecer completamente (art. 7.2); esta opción elimina la posibilidad de cobrar fraudulentamente la totalidad de la bonificación para extinguir posteriormente el contrato (aunque, desde luego, la eventual extinción no genera un derecho de devolución de las bonificaciones ya disfrutadas). En todo caso, la sustitución de la cuantía variable de la bonificación por una cuantía fija debe valorarse positivamente, dado que el carácter variable de la ayuda favorecía en términos comparativos a los trabajadores con salarios más elevados, que son presumiblemente los más cualificados y por tanto los que menos precisan de los incentivos, dado que los empresarios podrían en cualquier caso ofrecerles contratos indefinidos para atraerlos a la empresa o retenerlos en ella; de esta manera, se elimina parte del «peso muerto» de la subvención

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

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

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

En tercer lugar, en términos generales, se ha ampliado el período de disfrute de las bonificaciones; anteriormente, el plazo más habitual era el de 24 meses desde la entrada en vigor del contrato. En el régimen vigente, la regla general es que las bonificaciones se disfruten durante 4 años; a modo de excepción, la duración será de 3 años en caso de conversión de contratos temporales y abarcará toda la vida del contrato en los casos de contratación de discapacitados y personas mayores de 45 años. Esta modificación también ha de ser acogida favorablemente en el sentido anteriormente señalado de que para garantizar la estabilidad no basta con que la modalidad formalmente adoptada sea el contrato indefinido, sino que, además, es preciso que estos contratos indefinidos sean, en la medida de lo posible, duraderos. Así pues, la medida se destina claramente a evitar determinadas prácticas empresariales tendentes a extinguir los contratos una vez finalizado el plazo de la bonificación⁶⁰. Una vez transcurridos los cuatro años de ayuda, resulta mucho más difícil que al empresario le resulte rentable el despido, de un lado, porque la cuantía de la indemnización empieza a alcanzar valores significativos (6 meses de salario si el módulo utilizado es el de 45 días y 4 meses y 12 días en caso de que el contrato sea «de fomento»); de otro lado, porque el conocimiento —explícito o tácito— alcanzado por el trabajador en este período puede haber incrementado significativamente su productividad o implicar dificultades para la sustitución.

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

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

cálculo de coste/beneficio que compare los eventuales costes de despido con los beneficios que proporciona el contrato indefinido, y, en particular, de las bonificaciones⁶¹; esta comparación se facilita por el hecho de que tanto la posible indemnización como la cuantía de las bonificaciones se incrementan regularmente cada año (aunque otros factores no operan así). Probablemente, lo más apropiado sería que el coste del despido a tener en cuenta fuera el relativo al despido precedente: 20 días de salario por año de servicio (o menos si la empresa puede beneficiarse de la prestación del Fondo de Garantía Salarial); si fuera así, el cálculo resultaría favorable en muchos casos para los empresarios para salarios no demasiado elevados. No obstante, la degradación de la noción de causa económica y la asunción de las indemnizaciones por despido improcedente como un fenómeno fisiológico hacen mucho más probable que se opere con el módulo de 33 días o 45 días por año, en función de la figura contractual adoptada y de la previsión de duración del contrato (de manera que las indemnizaciones serían seguramente superiores a la mayoría de las bonificaciones); el cálculo podría modificarse por la toma en consideración de las pequeñas indemnizaciones que en su caso derivaran de la extinción precedente de los contratos temporales, que se sumarían al importe de la bonificación. A estos factores de sencilla determinación habría que añadir otros, cuya cuantificación depende del supuesto concreto y de la «cultura empresarial»: los principales elementos favorables a la contratación estable serían, seguramente, las creencias de los gestores empresariales acerca de los incrementos de valor añadido del trabajador derivados de su situación de estabilidad (que dependen en gran medida de la estructura de puestos de trabajo y del modelo productivo), así como el cálculo de los riesgos derivados de la antijuricidad —posibles costes procesales y probabilidades de éxito—; en contra, sin embargo, operarían las creencias empresariales acerca de las mayores posibilidades para el control del trabajo de los empleados contratados por tiempo determinado, así como, de manera seguramente inconsciente, los sesgos cognitivos derivados de la discriminación, en caso de que se plantee la contratación de una persona perteneciente a un colectivo especialmente victimizado en el mercado de trabajo; por ejemplo, aunque las bonificaciones para contratar discapacitados

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

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

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

Como ya se ha señalado, el grueso de las medidas de fomento consiste en una serie de bonificaciones para la contratación indefinida de personas integrantes de grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo. Esta circunstancia tiene, en principio, dos lecturas desde un punto de vista teleológico: a) dado que los recursos públicos son limitados y que la posibilidad de bonificar todos los contratos indefinidos, o bien resultaría demasiado gravosa, o bien reduciría sensiblemente la cuantía de cada bonificación, se ha optado por limitar el acceso a las bonificaciones en función de otras finalidades sociales; o bien, b), dado que la temporalidad se encuentra firmemente asentada en nuestro modelo productivo, se trata más bien de reducir su efecto multiplicador de las desigualdades sociales, es decir, de que la segmentación —prácticamente inevitable— de nuestro mercado de trabajo no afecte en mayor medida a los colectivos desfavorecidos, aumentando las diferencias derivadas de la adscripción al grupo. Aunque ambas finalidades son compatibles entre sí (se procura mitigar la temporalidad y al mismo tiempo que ésta no provoque mayores desigualdades sociales), existe una cierta tensión entre ellas, que explica su peculiar configuración en los sucesivos programas de fomento del empleo. Así pues, si la finalidad de estas bonificaciones fuera exclusivamente la atención a los grupos en desventaja, estos colectivos deberían haberse definido con mayor precisión para obtener una mayor eficacia⁶²; ahora bien, en la medida en que el peso de las políticas de apoyo a la estabilidad en el empleo ha terminado por recaer en estas bonificaciones, tiene sentido que éstas abarquen a un amplio abanico de trabajadores, aunque al mismo tiempo las restricciones subjetivas procuren un cierto reequilibrio de las desigualdades sociales.

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

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

recepción por parte del ordenamiento jurídico de las categorías sociales que contribuyen a reproducir mecanismos de desigualdad grupal contrarios a la dignidad humana, para tratar de aliviar o eliminar esta desigualdad por medio de la atribución de consecuencias jurídicas favorables para las personas que sean adscritas por la ley a tales grupos. A nuestro juicio, el uso de esta técnica, aún siendo en muchas ocasiones necesario o conveniente, debe ponderarse respecto de otras eventuales medidas de acción positiva, dado que la «distinción» positiva utiliza en cierto modo las «armas del enemigo», esto es, la adscripción a categorías sociales⁶³, lo que en algunos casos provoca efectos secundarios indeseados. Frecuentemente, la polémica respecto a la distinción positiva se centra exclusivamente —a veces desde una concepción excesivamente formalista del principio de igualdad que no se adecua al reconocimiento constitucional de la prohibición de discriminación— en la posibilidad de «discriminación inversa», es decir, en la improbable (pero no del todo imposible) inversión de las pautas reproductoras de la desigualdad social por efecto de la norma, o más bien en la vulneración del principio general de igualdad. No obstante, existen otros posibles efectos perniciosos de la distinción positiva, que, en el peor de los casos, podrían convertir la medida en discriminatoria, aunque generalmente sólo implican disfunciones que podrían poner en duda su conveniencia. A nuestro juicio, los más importantes de estos efectos son la exclusión de colectivos merecedores de protección, la definición inadecuada de la categoría y el conocido «efecto boomerang»⁶⁴.

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

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

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

Asimismo, no debe descartarse *a priori* que este «efecto boomerang» pueda presentar una naturaleza meramente simbólica y, aún así, resultar significativo. Las normas jurídicas despliegan una cierta «eficacia simbólica», es decir, una mayor o menor capacidad para ser interiorizadas por los destinatarios y para influir en su conducta al margen del cálculo sobre las consecuencias jurídicas asociadas al cumplimiento o incumplimiento⁶⁵; así pues, la recepción por parte del ordenamiento de las categorías que operan en las relaciones sociales puede contribuir a «cristalizar» o «fijar» estas categorías. Si la norma diferenciadora contradice abiertamente los estereotipos que perpetúan la desigualdad, invirtiendo las expectativas que produce la categoría, entonces el efecto simbólico será normalmente positivo; pero en la medida en que la norma confirme y «cristalice» estos estereotipos podría

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

estar contribuyendo a mantener la posición de inferioridad de los grupos a los que se pretendía apoyar⁶⁶.

A primera vista, los colectivos beneficiarios de la bonificación han sido correctamente escogidos, por tratarse de grupos que presentan claramente tasas de desempleo o de precariedad laboral relativamente altas (jóvenes, mujeres, discapacitados y trabajadores maduros); a éstos se añaden dos supuestos que no se corresponden tan directamente con categorías sociales pero que también están plenamente justificados: el de las personas que llevan desempleadas al menos 6 meses (categoría técnica que define una situación objetiva al margen de la valoración social que merezca) y el de las personas en situación de exclusión social, cuya definición (prevista en la Disposición Adicional Segunda del RDL 5/2006), es compleja, puesto que combina circunstancias objetivas y definiciones jurídicas de categorías sociales. Todas estas categorías sociales o jurídicas habían sido objeto de atención específica en anteriores normas de fomento (si bien los «jóvenes» suponen una novedad relativa por cuanto habían dejado de figurar en estos planes durante algún tiempo⁶⁷). En algunos casos —víctimas de violencia de género, discapacitados y personas en situación de exclusión—, se considera que las necesidades de integración social mediante el empleo son tan acuciantes o el nivel de desempleo es tan elevado, que se fomenta incluso la contratación temporal de manera excepcional; por supuesto, la cuantía de la bonificación es más elevada si se lleva a cabo un contrato por tiempo indefinido, pero las diferencias son muy reducidas, salvo en el caso de los discapacitados: 250 € al año para las víctimas de violencia de género, que en realidad se acogerían a la bonificación general para las mujeres desempleadas si son contratadas por tiempo indefinido y 100 € al año para las personas en situación de exclusión social, lo que, unido a la «cultura de la temporalidad» imperante entre los empresarios podría indicar que, en realidad se ha apostado por el empleo temporal de estos dos grupos como medida extraordinaria, resultando meramente testimonial la bonificación de los contratos indefinidos. Así pues, existe un cierto efecto negativo sobre los

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

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

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

En cuanto a los grupos excluidos de la acción positiva, sigue sin prestarse atención específica a las minorías étnicas (aunque algunos de sus miembros pudieran terminar amparados por ser mujeres, tener cierta edad, estar en situación de exclusión social o ser desempleados de cierta duración). En parte ello puede explicarse por la circunstancia de que España se encuentra en un estadio inicial en los procesos de diversificación étnica derivados de las migraciones transnacionales, de manera que, en la actualidad, la mayoría de los integrantes de minorías étnicas son extranjeros, a los que se limita legalmente tanto el acceso al empleo como el empleo indefinido (con las correspondientes y consabidas excepciones). Ahora bien, no debe olvidarse que existe en nuestro país una minoría étnica que no se relaciona con los procesos migratorios modernos y que cuenta con elevadísimas tasas de temporalidad: la formada por los gitanos españoles⁶⁸. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, aunque la distinción positiva nació precisamente para combatir la discriminación racial en EEUU, las categorías raciales y étnicas presentan normalmente una elevada elasticidad en contextos diversos, de manera que parece conveniente plantearse si existen otros medios de acción positiva que no tengan que construir una definición jurídica (probablemente inexacta) del término «gitano»⁶⁹. Otro grupo excluido de estas medidas de acción positiva es el de los transexuales; cuando la condición de transexual es saliente por razones físicas o jurídicas, estas personas sufren enormes obstáculos, no ya para encontrar un empleo estable sino para acceder al mercado de trabajo, viéndose arrastradas en muchas ocasiones

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

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

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



a la prostitución⁷⁰; en este caso es posible que la intensidad de la discriminación sea tan considerable que puede ponerse en duda que la bonificación de los contratos, por sí sola, resulte eficaz para alcanzar el objetivo de integración, incluso tomando en consideración los posibles efectos simbólicos de la norma; parece más urgente en el momento actual invertir estos recursos públicos en medidas de concienciación más básicas que vayan generando una mínima aceptación social de estas personas.

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, este efecto negativo no es suficientemente significativo como para considerar discriminatoria la medida (aunque sí inconveniente). Ello es así, de un lado, porque ni la cristalización normativa del estereotipo ni las posibles expectativas que eventualmente impulsaran a las mujeres a seguir renunciando temporalmente a su trabajo para beneficiarse de futuras bonificaciones son especialmente importantes para determinar la pauta social, que se rige por otros factores mucho más intensos, de manera que el efecto positivo sobre el empleo femenino compensa al negativo; de otro lado, porque la medida se plantea con una cierta provisionalidad —en el marco de un programa de fomento del empleo— para las mujeres que ya de hecho se encuentran en esta situación. Por otra parte, aunque podría intentarse justificar el uso expreso de la categoría social (frente a una acción positiva de carácter neutro que operara mediante adscripción indirecta) en la innegable realidad estadística de que, en realidad, son las mujeres las que necesitan beneficiarse de la protección de la norma⁷¹, este argumento no nos parece

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

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

5. LA CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES Y SUS CONTRADICCIONES

El fomento del empleo estable no sólo se manifiesta en esta reforma laboral en la atención a determinados colectivos desfavorecidos, sino también en la facilitación de la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido. A su vez, esta facilitación opera por dos vías distintas: de un lado, mediante la ya referida extensión del período de celebración de los contratos temporales susceptibles de conversión en contratos de fomento de la contratación indefinida hasta finales de 2007⁷²; de otro lado, a través de la bonificación a las cuotas de la Seguridad Social de las conversiones de contratos temporales a cualquiera de las dos formas de contratación indefinida (la de «fomento» o la ordinaria). Por último, en lo que refiere a la bonificación de las contrataciones, debe distinguirse entre la que se pretende ordinaria y estable, aplicable únicamente a los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, con una cuantía de 500 € por año durante 4 años (art. 2.5. RDL 5/2006) y el llamado «Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo» (art. 3. RDL 5/2006), que se aplica a cualquier tipo de contra-

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

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

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

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

El estímulo indeseado a la contratación temporal consiste en que los empresarios, acostumbrados a que el ingreso en la empresa se haga casi invariablemente a través de modalidades temporales (que operan disfuncionalmente como periodo de prueba y como compensación de la presumible menor productividad de los trabajadores recién incorporados), podrían continuar operando con esta lógica, confiando en convertir más adelante los contratos para beneficiarse de los incentivos previstos en esta norma o en normas sucesivas⁷³; este fenómeno disminuiría en parte el aumento previsible de la contratación indefinida y contribuiría a mantener el predominio de las modalidades temporales en las nuevas contrataciones. Con objeto de evitar este efecto perverso, las sucesivas normas de bonificación han previsto tradicionalmente fechas límite para realizar la conversión o para la determinación de los contratos temporales que podrán ser objeto de conversión con acceso a los beneficios previstos. En este caso concreto nos encontramos con que, si se parte de la base de que estas fechas resulten creíbles para los empresarios, las bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social apenas otorgan margen para este uso estratégico de la contratación temporal (que habría de llevarse a cabo en el breve intervalo desde la presentación pública del AMCE hasta el 1-6-2006); en cambio, el margen es mayor en lo que refiere al estímulo para el contrato de fomento⁷⁴, lo que sin duda es una consecuencia perniciosa de las ambigüedades en la definición de esta figura, como hemos visto.

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

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

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

rio»; en cambio, en los casos en los que la temporalidad como forma de acceso inicial al empleo parece justificada, el legislador pretende transmitir un mensaje de una mayor permanencia de la medida, lo que no deja de ser un efecto meramente simbólico en el contexto de un plan de fomento del empleo, destinado en cierto modo a modificarse en períodos sucesivos⁷⁵. Seguramente, lo que va a suceder en la práctica —al menos hasta finales de este año— es que la conversión ordinaria no se va a aplicar en lo más mínimo, al menos mientras esté vigente el plan extraordinario⁷⁶ (posteriormente, lo más seguro es que el plan ordinario se mantenga durante 2007). Es imposible saber con certeza cuándo se iniciará un nuevo proceso «extraordinario» de conversiones, pero parece muy razonable suponer que en algún momento —quizás en 2008— volverá a abrirse de nuevo esta posibilidad, dado que el problema de la temporalidad casi con total seguridad va a permanecer en los próximos años y esta posibilidad de transformación bonificada no es ninguna novedad. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en lo que refiere a las decisiones empresariales de contratación, lo importante no es tanto lo que vaya a suceder efectivamente como lo que parezca razonable suponer a los empleadores. El fenómeno presenta alguna similitud con las «regularizaciones» de extranjeros, otro supuesto en el que la realidad desborda —por razones distintas— el contexto diseñado por las leyes; toda «regularización» se plantea invariablemente como «la última», de manera expresa o tácita, para evitar generar expectativas sobre el comportamiento futuro del legislador, a pesar de que éstas parecen en cierto modo inevitables.

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

⁷⁵ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Incentivos...», *op. cit.*, pág. 177.

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

más, la cuantía total sigue siendo inferior. Seguramente desplegará poca eficacia —al menos durante 2006— la bonificación de 600 € al año para los parados de larga duración y las personas en situación de exclusión social; la generalidad de los empresarios optará por convertir en indefinidos a trabajadores contratados por tiempo determinado que llevaran un cierto tiempo en la empresa (acogiéndose a la bonificación de 800 €), sin cambiar la estrategia productiva dominante, de manera que las eventuales necesidades adicionales de empleo se cubrirían con nuevos contratos temporales. Respecto a las mujeres y los jóvenes desempleados, las bonificaciones resultan en principio más ventajosas, debido al año adicional de duración del beneficio —y, en el caso de las mujeres, a la diferencia adicional, bastante poco significativa, de 50 € al año—; ahora bien, este año adicional de bonificación sólo será relevante en la medida en que los empresarios planifiquen sus necesidades de plantilla a largo plazo; en caso contrario, prevalecerá la tendencia a que las nuevas contrataciones sigan siendo temporales y los contratos indefinidos se celebren con trabajadores que ya estaban incorporados a la empresa⁷⁷; si es así, la diferencia en la duración de las bonificaciones —concebida seguramente para evitar este efecto— asumiría un cariz negativo, puesto que podría implicar una menor estabilidad en el empleo de los trabajadores «convertidos» (efectivamente, los que principalmente se beneficiarían de nuevos contratos indefinidos).

Por último, la «finalidad antijurídica» consiste en el hecho de que puede rastrearse en la norma una finalidad ilícita de «blanquear» contratos temporales fraudulentos que habían sido celebrados sin existir causa real para la temporalidad⁷⁸ —o al menos, de una cierta resignación ante este «blanqueo»—; al ser un objetivo antijurídico no puede atribuirse al «legislador» en los discursos jurídicos (por ejemplo, a efectos de la interpretación teleológica), no obstante lo cual, opera en el plano de los hechos, produciendo una suerte de «esquizofrenia normativa» (disociación entre las finalidades reconocidas por el Derecho y las que operan realmente), que implica una deslegitimación del ordenamiento jurídico, y, posiblemente, disfunciones interpretativas, dado que, en estos casos la interpretación de las normas debe desviarse necesariamente de los fines materiales que las impulsan. Desde luego, no todos los contratos temporales susceptibles de conversión han de ser necesariamente ilegales; en muchos casos, la contra-

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

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

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

6. CONCLUSIÓN

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

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



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

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





CONTRATAS Y CESIÓN DE TRABAJADORES EN LA REFORMA LABORAL DE 2006¹

M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

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

EXTRACTO

Uno de los grandes retos de la Reforma Laboral de 2006 ha sido la regulación de la figura de la cesión de trabajadores, regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, y su distinción de las contratas y subcontratas de obras y servicios, cuando éstas se limitan a ser meras cesiones de mano de obra encubierta. Aparecen así ligados estos dos fenómenos, fundamentalmente por la cada vez más avanzada descentralización productiva, presente hoy en día en la mayoría de los procesos productivos.

Puesto que debemos aceptar que los modelos de descentralización productiva y flexibilidad laboral forman parte de la realidad social y económica de nuestros días, es preciso dotar a los operadores jurídicos de los medios necesarios para garantizar los derechos de los trabajadores y el buen funcionamiento de las relaciones laborales.

Este es precisamente el objetivo de la reforma laboral, aportar flexibilidad al proceso productivo sin dañar los derechos de los trabajadores y la estabilidad en el empleo, para ello ha sido preciso modificar algunos aspectos de la regulación jurídica de estos dos fenómenos laborales: la cesión de trabajadores y las contratas y subcontratas de obras y servicios.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación PAI SEJ-322 y SEC 2003-09605/JUR.

ÍNDICE

1. LA PROGRESIVA CENTRALIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA
2. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL PROCESO DE REFORMA LABORAL
 - 2.1. Crónica de una reforma larga
 - 2.2. El Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social
 - 2.3. El punto de partida de la reforma del mercado de trabajo de 2006
 - 2.3.1. Las posiciones de los agentes sociales
 - 2.3.2. Las propuestas del Gobierno
3. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO DE 2006
4. LAS MEDIDAS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2006
 - 4.1. La reforma de la subcontratación
 - 4.2. La reforma de la cesión de trabajadores
5. CONCLUSIÓN: LA REFORMA PENDIENTE

1. LA PROGRESIVA CENTRALIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Uno de los rasgos que caracterizan el tejido productivo español es la progresiva tendencia a la externalización de parte del ciclo productivo en grandes y pequeñas empresas; representada por el desplazamiento de actividades que, en ocasiones, venía realizando la propia empresa. No cabe duda de que este fenómeno, que viene produciéndose desde algo más de veinte años, constituye la esencia de la organización empresarial en España. En un intento de abaratar costes, aumentar la calidad y adaptar las estructuras productivas a los nuevos retos de una economía globalizada y dominada por la presencia de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, las empresas recurren cada vez con más frecuencia a la externalización de parte de su ciclo productivo o de determinadas actividades que exigen mayor especialización. Es lo que conocemos como el fenómeno de la descentralización productiva². Expresión ésta que comenzó a hacer fortuna entre

² Una definición de descentralización productiva desde el punto de vista laboral podemos encontrarla entre otros en CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pág. 8, para quien «la descentralización productiva consiste en una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo». Definición que ha servido de base a otros autores, como S. DEL REY GUANTER y M. LUQUE PARRA, «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y la relación laboral», en *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1999; para quienes la descentralización productiva se define como «toda

nosotros en los años noventa del siglo XX, especialmente con un trabajo seminal del profesor Cruz Villalón³, pero que hoy quizás debiera replantearse, puesto que ni se corresponde con la terminología utilizada en el ámbito de la empresa —que habla de «externalización» o de «outsourcing»—, ni expresa tampoco la realidad del fenómeno: no estamos «descentralizando» actividades anteriormente gestionadas de forma centralizada, sino que la producción se diseña desde un primer momento como la combinación de servicios y funciones desarrolladas interna y externamente.

La relación directa entre los fenómenos económicos y las relaciones laborales es algo evidente, de forma que el constante fenómeno de la descentralización productiva se encuentra estrechamente relacionado con el sistema de relaciones laborales, que evolucionan al compás del desarrollo del sistema económico⁴.

Pero no son éstas las únicas razones de la descentralización, sino que a todas ellas debemos unir el objetivo de adquirir *flexibilidad*⁵ y capacidad de adaptación de las empresas que determina una reducción del tamaño del aparato productivo, así como la necesidad de adaptarse con mayor facilidad a los cambios de coyuntura y, consecuentemente, permitir la adaptación del volumen de la plantilla a estos cambios, reduciendo éste para hacer posible su ocupación óptima y evitar en mayor medida situaciones de conflicto laboral⁶. Es éste un aspecto crucial para entender el fenómeno de la

externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa».

³ Nos referimos al estudio de J. CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *Relaciones Laborales*, tomo I-1992.

⁴ Véase una reflexión al respecto de la relación entre los fenómenos económicos de descentralización y su efecto sobre las relaciones laborales en J. CRUZ VILLALÓN, «Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales», en *Relaciones Laborales*, núm. 19-20, 2005, págs. 217 y ss. también S. DEL REY GUANTER, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, *passim*.

⁵ Una definición de flexibilidad se puede encontrar en el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, pág. 8, según el cual «la flexibilidad se refiere básicamente a la capacidad empresarial de gestionar su fuerza de trabajo para hacer frente a cambiantes condiciones de toda índole (tecnológicas, económicas, sociales y organizativas, entre otras)».

⁶ En este sentido se expresan RIVERO LAMAS, DE VAL TENA y DE VAL ARNAL, en *La Negociación Colectiva en el sector de empresas multiservicios*, MTAS, 2006, pág. 16. En el mismo sentido se expresa el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma Laboral de 2006, en el que se justifica el recurso a la flexibilidad por las empresas como única salida a la crisis de las economías occidentales de la década de 1970, así, «las empresas respondieron a la crisis mediante nuevas estrategias de flexibilización de la organización empresarial, descentralización productiva e innovación tecnológica, que anticiparon lo que posteriormente sería una respuesta extendida».

externalización productiva en nuestro país, que no siempre ha sido adecuadamente valorado. En efecto, cuando en España se habla de flexibilidad laboral se suele citar la existencia de un determinado «modelo español»⁷, diferente al seguido en otros países, en el que el elemento característico es la utilización de la contratación temporal como mecanismo principal de adaptación de las empresas⁸; a esta flexibilidad de entrada, que contrasta con el mantenimiento de las rigideces en la salida, se han añadido posteriormente algunos mecanismos de flexibilidad interna, sobre todo a partir de las reformas de 1994⁹. Pues bien, este planteamiento, generalmente aceptado, ignora sin embargo el papel jugado por la externalización productiva como mecanismo adicional de adaptación para las empresas; mecanismo que se ha beneficiado de un marco regulador sumamente permisivo, cuando no de una verdadera desregulación¹⁰.

Analizar la descentralización productiva desde el Derecho del Trabajo supone partir de la legitimidad en principio de las decisiones de externalizar, que aparecen amparadas bajo el anclaje constitucional en el artículo 38 de la CE¹¹. Lo que no es óbice para que este fenómeno presente un indudable interés en el ámbito laboral cuando afecta a las relaciones laborales; es decir, cuando ante esta realidad quedan afectadas la estabilidad y garantías laborales de los trabajadores.

Lo paradójico es que, habiendo sido considerado hasta los años 1990 un fenómeno marginal de organización empresarial, poco a poco ha ido adquiriendo una importancia cada vez más relevante ante la atenta mirada de los operadores jurídicos que han visto cómo ha ido centrándose en la actua-

⁷ Una reconstrucción de este modelo en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La legislación laboral española en la perspectiva de la Unión Europea», en V. Navarro (dir.), *La situación social de España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, págs. 213 ss.

⁸ En detalle I. FLÓREZ SABORIDO, *La contratación laboral como medida de política de empleo en España: la creciente flexibilidad en el acceso al empleo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

⁹ Un completo intento de reconstrucción en C. SAEZ LARA y F. NAVARRO NIETO, «La flexibilidad en la nueva relación de trabajo», *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1998

¹⁰ En extenso J. GARCÍA MURCIA, «La dispersa regulación de las contrataciones y subcontratas: propuestas de cambio», en *Documentación Laboral*, núm. 68, 2005, pág. 129.

¹¹ Véase DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA, *ibídem*; sobre libertad de empresa y relaciones laborales, J. A. SAGARDOY BENGOCHEA & J. L. GIL GIL, «Los derechos constitucionales del empresario», en A. V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 361; A. RIVAS VAÑÓ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones», en AA. VV., *Los derechos constitucionales en las relaciones laborales. Libro Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.



lidad jurídica hasta el punto de constituir una forma común de organización productiva, dadas las ventajas jurídicas y económicas, tal y como hemos expuesto. Por eso hablamos aquí de la progresiva «centralidad» de esta realidad, como modo de organización de la producción pero también como contexto de la aplicación de las normas jurídico-laborales. Nuestro Derecho del Trabajo, pensado para otra realidad, rige un mercado de trabajo en el que las empresas se coaligan de diversas maneras para colaborar en la producción, en el que la externalización se ha extendido a todos los sectores, actividades y fases de la producción. Ante esta realidad socio-económica, el reto que se nos plantea es dotarla de una regulación jurídica adecuada a las necesidades de las empresas que permita mantener la flexibilidad requerida en los ciclos productivos, sin perder las garantías de empleo y derechos laborales de los trabajadores; el paradigma de la flexiguridad debe regir también en la ordenación de la externalización productiva¹². Por eso, es importante considerar la labor de los interlocutores sociales, especialmente a través de la negociación colectiva, como garantes de la competitividad para las empresas y de la seguridad para los trabajadores¹³.

2. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL PROCESO DE REFORMA LABORAL

2.1. Crónica de una reforma larga

El punto de partida del largo camino que lleva hasta la reforma laboral de 2006 se encuentra en la creación de la Mesa de Diálogo Social tras el

¹² No debe sorprendernos que la flexibilidad laboral siga siendo el aspecto central, pues ya lo fue en la reforma laboral de 1994, como se deducía de las Exposiciones de Motivos de los textos normativos emanados del proceso de reforma. De este modo, dos fueron los objetivos de la reforma: la flexibilidad en las relaciones laborales individuales y la potenciación de la negociación colectiva; ambos con una última finalidad: la competitividad y la creación de empleo. Véase por todos, T. SALA FRANCO, *La reforma laboral del mercado de trabajo*, CISS, 1994, especialmente páginas 3 a 12; Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social de 31 de enero de 2005, pág. 6.

¹³ La labor de los interlocutores sociales en la determinación de las medidas específicas que contribuyan a lograr el ansiado equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad laboral viene siendo reconocida desde comienzos de este siglo. Así, desde la firma de los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva a partir de 2002, las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas han puesto de manifiesto la necesidad de equilibrar las nociones de flexibilidad y seguridad en el ámbito del mercado de trabajo; utilizando como instrumento más adecuado la negociación colectiva.

cambio de gobierno en mayo de 2004¹⁴. El comienzo de las conversaciones entre sindicatos y asociaciones empresariales más representativos se fijó como objetivo prioritario un acuerdo que determinase las líneas básicas de la reforma laboral pendiente. Reforma que, a su vez, iría dirigida a conseguir dos objetivos básicos: la mejora de la competitividad y del empleo.

La realidad socio económica de la que se partía, unida a los veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores, hicieron a la reforma laboral merecedora del interés de los interlocutores sociales y del Gobierno de la Nación; quien, desde sus inicios, asumió el compromiso de llegar a un acuerdo y realizar la reforma sobre la base de un texto pactado con sindicatos y empresarios. Y, precisamente, la consecuencia del consenso parece ser una reforma menos ambiciosa que las propuestas iniciales de las partes; previsible en cualquier proceso de negociación.

La primera muestra de la intención de acordar la reforma laboral a través del diálogo social la tenemos en la elaboración, al inicio de la legislatura de la *Declaración para el Diálogo Social* de 8 de julio de 2004, en la que bajo el título «Competitividad, empleo estable y cohesión social» se resumen los objetivos de la reforma. En este documento se destaca la importancia del diálogo social como pieza crucial en el proceso de construcción y consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho. Y, partiendo de la determinación de objetivos básicos como la consecución de mayores niveles de desarrollo económico, de calidad en el empleo, de bienestar social, de cohesión territorial y sostenibilidad ambiental, se plantean las líneas básicas de la reforma.

Uno de los aspectos más destacados en la Declaración es la referencia al Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo de 1997, en el que se abordaba ya, con cierta preocupación, la necesidad de garantizar estabilidad en el empleo ante la cambiante realidad socioeconómica. Así, los interlocutores sociales y el Gobierno, se comprometen, desde el inicio de sus negociaciones, a «analizar los diferentes elementos que inciden en la creación de empleo, en su estabilidad y la utilización no justificada de la contratación temporal, teniendo presentes las nuevas formas de organización empresarial del trabajo». Son precisamente estos dos extremos, la garantía de estabilidad en el empleo y la aceptación de las nuevas formas de organización empresarial del trabajo, las que merecen ser armonizadas; es preciso encontrar el equilibrio entre ambas para evitar que la consecuencia de la implantación de estas nuevas formas de organización sea la destruc-

¹⁴ Un estudio del proceso de reforma en O. MOLINA ET AL., «Nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 280, 2006; así como en F. VALDÉS DALRÉ, «Concertación social y mercado de trabajo (I)», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2006.

ción de empleo, el abuso de la temporalidad o la imposibilidad de mantener garantías de estabilidad de los puestos de trabajo. Es por ello que la conclusión de las partes firmantes de la Declaración fuera la necesidad de «consensuar modificaciones legales y de otra naturaleza que se estimen oportunas, buscando aquellos compromisos que logren aunar seguridad para los trabajadores y flexibilidad para las empresas».

Precisamente, como consecuencia de esa necesidad de armonizar seguridad y flexibilidad, surge el concepto de lo que se ha venido a denominar «paradigma de la flexiguridad», que combina la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos con la seguridad o estabilidad en el empleo para los trabajadores implicados en el fenómeno descentralizado¹⁵. Como hemos advertido al inicio de este estudio, el recurso a la externalización de actividades y servicios es una realidad evidente de nuestro tejido empresarial. Pero lo que resulta innegable es que no siempre tendrá un efecto positivo sobre las relaciones laborales, el recurso constante a la externalización de actividades y servicios se ha ligado automáticamente al empleo temporal y, más particularmente, al abuso de la temporalidad con el efecto negativo que esto tiene para la estabilidad en el empleo. De ahí que muchos autores hayan hablado de una huída del Derecho del Trabajo, de un efecto desregulador de las relaciones laborales que surgen de estos fenómenos descentralizados. Y de ahí también el interés de las organizaciones sindicales por reformar el régimen jurídico de los fenómenos de descentralización productiva.

El Documento de julio de 2004 incluye como objetivo primordial la armonización de estos dos elementos aparentemente enfrentados: la flexibilidad y la estabilidad en el empleo; y uno de los fenómenos típicos de descentralización es precisamente el de las contratas y subcontratas de obras y servicios, lo que justifica que sea uno de los ejes de esta reforma. Resulta inevitable, pues, tras analizar los posibles efectos nocivos de las contratas y subcontratas sobre la seguridad y estabilidad en el empleo, el análisis de una figura que, precisamente en los últimos años ha alcanzado una gran similitud con la anterior, el de las Empresas de Trabajo Temporal, ambos regulados en los artículos 42 y 43 del ET. Es este aspecto en el que nos centraremos en nuestro estudio; la reforma de la cesión de trabajadores y las contratas y subcontratas.

¹⁵ Un estudio completo de esta figura en T. WILTHAGEN y F. ROSS, «The concept of flexisecurity: a new approach to regulating employment and labour markets», *Transfer*, vol. 10, núm. 2, 2004, págs. 166 sigts; en general los diversos trabajos publicados en el número monográfico de la revista *Transfer*, «Flexicurity: conceptual sigues and political implementation in Europe», *Transfer*, vol. 10, núm. 2, 2004.

Las razones por las que se identifica descentralización productiva con inseguridad laboral la determina la experiencia; durante años la evolución de los fenómenos productivos ha avanzado con mayor rapidez que su regulación jurídica, que más bien ha ido a remolque de los mismos, apareciendo tan sólo cuando las consecuencias perjudiciales para los trabajadores hacían que estos fenómenos adquirieran relevancia jurídica. Así, la descentralización ha significado con frecuencia modificación, suspensión o extinción de las relaciones laborales, novación subjetiva del empresario o incluso fraude en la contratación temporal mediante el encadenamiento indefinido de contratos temporales de obra o servicio. Otras prácticas empresariales han llevado a confundir las contrata y subcontratas de servicios con una auténtica cesión de mano de obra expresamente prohibida en el artículo 43 ET, salvo cuando la intermediación la lleva a cabo una Empresa de Trabajo Temporal debidamente autorizada; son las denominadas «empresas de servicios»¹⁶.

Todo ello ha justificado la identificación entre descentralización e inseguridad laboral, y ha llevado a los interlocutores sociales a reclamar una regulación que aporte seguridad jurídica y protección a los derechos de los trabajadores, y que contribuya a garantizar la estabilidad en el empleo.

2.2. El Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social

Advertida ya la necesidad de llevar a cabo una reforma, conforme a lo acordado en la Declaración de julio de 2004, se encargó a una Comisión de Expertos la elaboración de un Informe que determinara los puntos clave de la misma. Como consecuencia de ello, el 31 de enero de 2005 concluyó la elaboración del Informe que lleva por título «Más y mejor empleo en un nuevo escenario económico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas». En este Informe, el grupo de expertos propone «los objetivos que como reto debe plantearse el diálogo social, así como del horizonte a desarrollar para su logro».

En la misma línea que los anteriores documentos, la Comisión de Expertos recibe el mandato de dar solución a dos problemas fundamentales que aquejan al mercado de trabajo en España: la baja tasa de empleo y el

¹⁶ Nos remitimos en este punto a nuestro estudio: PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, págs. 185 y ss. Véase también sobre el tema, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: las difusas fronteras entre las contrata y la cesión de trabajadores», en *Temas Laborales* núm. 56, 2000, págs. 221 y ss., M. LLANO SÁNCHEZ, «Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo», en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2006.



alto nivel de temporalidad. Por esto, los objetivos del Informe se centran en el análisis de los elementos que puedan contribuir a fomentar la creación de empleo y a conseguir niveles más elevados de estabilidad en el empleo, así como erradicar la utilización no justificada de la contratación temporal. Y, destacando el criterio básico de que «la flexibilidad y la seguridad constituyen los elementos vertebrados de las políticas de empleo», se marcan como objetivo buscar el equilibrio razonable entre ambos, siguiendo las directrices marcadas por las instancias europeas¹⁷. En definitiva, se pretende establecer «un marco de regulación capaz de asegurar simultáneamente a los empresarios unos razonables niveles de flexibilidad con vistas a facilitar los cambios procedentes de un mercado progresivamente más abierto y competitivo y a los trabajadores unos niveles igualmente razonables de seguridad en el empleo y en la protección social». Así describe el Informe el paradigma de la «flexiguridad».

Centrándonos en el aspecto que nos interesa, el de la descentralización productiva, hemos de advertir que la reforma del régimen jurídico de la subcontratación, así como el de las Empresas de Trabajo Temporal, se enmarca también dentro de la política general de equilibrio entre la seguridad y la flexibilidad laborales. El Comité de Expertos parte de una realidad evidente; de un lado, el recurso cada vez más frecuente a fenómenos de descentralización productiva en la empresa, unido al recurso a la contratación temporal vinculada a los mismos; de otro, la consiguiente inseguridad que produce la excesiva temporalidad. Por ello, los expertos entienden que «las vías para aumentar la seguridad en el empleo de los trabajadores mediante la reducción de la temporalidad han de tener en cuenta las necesidades de flexibilidad de las empresas»; y a la inversa, «la mejora de los niveles de flexibilidad de las organizaciones productivas ha de lograrse en un marco de promoción de la seguridad en el empleo». Habiendo de proponer medidas que garanticen la compatibilidad entre ambos elementos.

En esta línea de reflexión, afirma el grupo de expertos que «los distintos tipos de flexibilidad y de seguridad no son independientes entre sí», «la clave está en lograr fórmulas para garantizar la seguridad de los trabajadores que sean compatibles con las necesidades de flexibilidad de las empresas y viceversa». Una protección excesivamente celosa de la seguridad de los trabajadores podría traer consecuencias negativas desde el punto de vista de la flexibilidad de las empresas y por tanto en los niveles de empleo. Pero una excesiva flexibilidad de las empresas nos empujaría a un modelo

¹⁷ El Informe se refiere a la Estrategia Europea de Empleo que se ha ido construyendo desde el Consejo Europeo de Essen, destacando que las apelaciones a la necesidad de conjugar «flexibilidad y seguridad» constituyen una constante en la política comunitaria de empleo, tal y como se deduce de las Directrices para el Empleo aprobadas por el Consejo de la UE.

de relaciones laborales donde la inseguridad de los trabajadores y la segmentación del mercado de trabajo se traduciría en consecuencias negativas para la actividad económica. Es claro, pues, el objetivo de equilibrar la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo.

El tipo de flexibilidad que representa el recurso a contrataciones y subcontratas de obras o servicios para la realización de ciertas actividades que se encuentran en el proceso productivo ha merecido, por parte de los protagonistas de la reforma, una atención especial.

2.3. El punto de partida de la reforma del mercado de trabajo de 2006

Conocida la realidad sobre la que habrían de trabajar los interlocutores sociales en el propósito de Reforma, y considerando que dicho Informe no pretendió sino poner de manifiesto las necesidades y carencias del mercado de trabajo y las posibles líneas de actuación para alcanzar la mejora del empleo y garantizar su crecimiento, dejando a los interlocutores sociales el arduo trabajo de identificar las medidas a adoptar; el Gobierno elaboró un nuevo documento fechado el 15 de marzo de 2005, que representó el punto de arranque del diálogo para la reforma del mercado de trabajo, propiamente dicho.

En este Documento para el Diálogo Social se parte de un mismo diagnóstico del mercado de trabajo en España: «insuficiente volumen de empleo y alto nivel de temporalidad», siendo por tanto el objetivo primordial «la búsqueda de aquellas medidas más adecuadas para la creación de más y mejor empleo». Declarando además que la reforma debe abordarse desde un enfoque global, superando el sentido de las anteriores reformas que se centraron en aspectos puntuales, careciendo de una visión general de la situación socioeconómica del país. Se reconoce, además, la necesidad de reforzar los mecanismos de control del cumplimiento de la normativa laboral, como la Inspección de Trabajo, y el recurso a la negociación colectiva como instrumento fundamental para hacer efectivas las transformaciones necesarias, tal y como se recoge en el AINC 2005. La negociación colectiva se presenta como el mecanismo adecuado para conseguir el equilibrio en el binomio seguridad-flexibilidad y para lograr los elementos de flexibilidad interna, que son declarados «preferibles» a los de flexibilidad externa como mecanismo de ajuste en el seno de las empresas.

Partiendo de estas premisas, se identifican los temas a abordar entre los que se encuentran la reforma del Estatuto de los Trabajadores en materias como, de un lado, la contratación temporal e indefinida y las contrataciones y subcontratas de obras y servicios; de otro, el funcionamiento de las ETT en relación con los procesos de recolocación. En el primero de los casos, se

plantea la necesidad de reformar el marco legal de las contratas y subcontratas «con el objeto de aumentar la seguridad jurídica, a la luz de la jurisprudencia reciente, sin menoscabo de las necesidades de flexibilidad para las empresas». En el segundo, «mejorar la contratación, la intermediación y la recolocación, favoreciendo la actuación de las empresas de recolocación y de las ETT». Y, tras la determinación de los puntos a tratar, el Gobierno propone las medidas a adoptar. Así, se plantea la posibilidad de modificar el régimen vigente de indemnizaciones para los diversos tipos de extinción laboral, incluso en los contratos realizados por las ETT, así como los tipos de cotización aplicables en función del tipo de contratos o a las ETT.

El acento se pone, pues, en la modificación del régimen jurídico de la contratación temporal, tanto si ésta es realizada a través del mecanismo de la contrata y subcontrata, como si es realizado a través de las Empresas de Trabajo Temporal. En uno u otro caso, la práctica abusiva de la contratación temporal debe erradicarse, sin perder de vista la protección de los niveles de flexibilidad que las empresas necesitan para adaptarse a los posibles cambios.

2.3.1. *Las posiciones de los agentes sociales*

a) *Las propuestas unitarias para el diálogo social sobre el mercado de trabajo de los sindicatos más representativos: UGT y CCOO*

Una vez abierto el proceso de diálogo social, corresponde a los interlocutores sociales exponer sus demandas. El documento de propuestas elaborado por los sindicatos más representativos, UGT y CCOO, el 19 de abril de 2005, recoge las inquietudes de este sector de la negociación. Así, tras coincidir con el Gobierno en la necesidad de un enfoque global del problema, se proponen como objetivos primordiales «establecer los instrumentos que permitan hacer el empleo más productivo mediante la inversión pública y privada y mejorar la calidad del empleo». Para la consecución de dichos objetivos se proponen una serie de medidas específicas entre las que se encuentran:

- limitar la contratación temporal sólo a necesidades objetivas de producción, garantizando la igualdad de trato y la eficacia de la norma frente a los abusos y fraudes;
- el establecimiento de medidas en materia de contratas y subcontratas;
- el reforzamiento de medidas para impedir la cesión ilegal de trabajadores;
- y la garantía de derechos ante los supuestos de transmisión de empresas.

Proponiendo una limitación del uso de estas formas de organización empresarial como mecanismo para eludir obligaciones y responsabilidades empresariales, en detrimento de los derechos de los trabajadores y de su representación colectiva.

Las propuestas en relación con la descentralización productiva, las contrata y subcontratas y la cesión de trabajadores se concretaron en la reforma del marco normativo hasta entonces vigente. Si bien los puntos a abordar eran, para los sindicatos más ambiciosos que lo que finalmente resultó del proceso negociador. Todos ellos representan una problemática puesta de manifiesto ya por un importante sector de la doctrina, y algunos conocen ya una respuesta desde el punto de vista de la jurisprudencia social.

Así, el primer punto a abordar por la reforma debía ser, según estos interlocutores, la definición clara de «contrata y subcontrata» y el ámbito de aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, se ha criticado con frecuencia la falta de una definición legal de contrata y subcontrata de obra o servicios en el citado precepto. El ET incluye tan sólo el régimen jurídico de las mismas y un poco clarificador sistema de responsabilidades, eludiendo definir con claridad el concepto de contrata y las características de las mismas, por lo que durante todo este tiempo los operadores jurídicos han acudido a la extensa jurisprudencia que existe sobre el tema. Por ello, los sindicatos consideran relevante que la Reforma Laboral aborde la definición y el campo de aplicación de la figura regulada en el artículo 42, así como su distinción de otras figuras similares como son las concesiones administrativas y las empresas de servicios¹⁸.

Otro de los aspectos en los que se pretendía incidir es en la delimitación del objeto, forma y sujetos que pueden intervenir en el contrato entre las empresas contratistas, a efectos de dar mayor seguridad jurídica a los operadores del mercado de trabajo; así como la redefinición del concepto de «propia actividad», que tanta polémica ha suscitado ante los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales a que ha dado lugar¹⁹. Finalmente, se propone ampliar el ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria que

¹⁸ La problemática de la necesaria distinción entre contrata y subcontratas de obras y servicios ha sido puesta de manifiesto en el monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo dedicado a los XXV años del Estatuto de los trabajadores, véase Pérez Guerrero y Rodríguez-Piñero Royo, *ibidem*; véase también sobre el tema, las obras ya citadas de M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *Ingeniería jurídica...*, págs. 221 y ss., M. LLANO SÁNCHEZ, *Empresas de servicios...*, 2006; y D. MARTÍNEZ FONS, «Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores», en DEL REY GUANTER, S., *op. cit. supra*, págs. 51 ss.

¹⁹ Véase sobre el tema, F. J. CALVO GALLEGO, «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios», en *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, especialmente págs. 61 y ss.

recoge el artículo 42 ET a supuestos de fraude en la contratación; y el ámbito material de la misma a retribuciones en su conjunto y no sólo al salario. Esto incluiría una extensión de la responsabilidad de Seguridad Social, incorporando nuevos elementos como mejoras en las prestaciones o protección social complementaria. Se propone, en definitiva, «endurecer» algo más el ámbito de la responsabilidad ante un uso fraudulento de las contratas y subcontratas en aras de una mayor protección de los trabajadores implicados en estos procesos de descentralización productiva.

Además, en el supuesto de encadenamiento de contratas y subcontratas, esta responsabilidad, dicen los autores del documento, debe afectar a toda la cadena, de forma que sea el primer eslabón el que se responsabilice de coordinar a todos los miembros de la cadena, adquiriendo un papel protagonista en obligaciones y responsabilidades hasta el punto de que sea «imprescindible establecer la obligación de conocimiento y consentimiento por parte de la primera empresa principal de las subsiguientes subcontrataciones que se pudieran realizar».

Se propone también una limitación específica de las posibilidades de contratación y de subcontratación en determinados sectores, como el de la construcción, concesiones administrativas y construcción de obras públicas; así como incluir en las condiciones de la contratación obligaciones de subrogación y cláusulas sociales que permitan asegurar la estabilidad y el cumplimiento de la normativa laboral en las adjudicaciones.

En aras de mejorar la aplicación de los preceptos que prevén la posibilidad de exoneración del empresario principal en caso de comprobación del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de los contratistas, se propone una revisión y regulación más clara de la normativa reguladora; así como una correspondencia entre las obligaciones y las infracciones y sanciones laborales y de Seguridad Social.

Finalmente, como último aspecto a modificar dentro de la regulación de las contratas y subcontratas, se propone ampliar, mejorar y garantizar los derechos de los representantes de los trabajadores y de las organizaciones sindicales, tanto de la empresa principal como de la subcontratista, de negociación, de información y consulta y de coordinación, en las distintas formas de descentralización productiva.

En definitiva, se hace referencia en el documento de los agentes sindicales a los aspectos problemáticos que venía poniendo de manifiesto la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, y que, en la mayoría de las ocasiones, han sido resueltos por nuestros Tribunales. Parece razonable, pues, que las modificaciones siguieran el modelo construido por la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a las propuestas que afectan a la cesión ilegal de trabajadores, el documento de los sindicatos más representativos planea el

conocido debate sobre la legalidad de las denominadas «empresas multiservicios» a las que hemos tenido ocasión de referirnos al inicio de este estudio. Así, se identifica este tipo de empresas con la cesión de mano de obra, por lo que se pone de manifiesto la necesidad de «acotar claramente los límites para las contrata que prestan múltiples servicios y realizan una mejor definición del concepto de cesión ilegal, que tenga en cuenta si el trabajador o trabajadora quedan sujetos al ámbito de organización y/o de dirección de otro empresario, distinto del que le ha contratado». La propuesta sindical se sitúa en la línea de la jurisprudencia más clásica, refrendada por pronunciamientos jurisprudenciales también recientes, en la que se utiliza como indicio para la identificación de falsas contrata y, por tanto, supuestos de cesión de mano de obra llevada a cabo por las empresas de servicios, la del ejercicio efectivo del poder de dirección²⁰.

b) *Los planteamientos empresariales para el diálogo social sobre el mercado de trabajo*

Continuando con la exposición de las posiciones de los interlocutores sociales, procede en estos momentos de nuestro estudio el análisis de las diferentes propuestas que las asociaciones empresariales más representativas CEOE y CEPYME presentaron a la Mesa del Diálogo Social sobre el Mercado de Trabajo el 25 de octubre de 2005. Es éste el último documento de los presentados a la Mesa de Diálogo, por lo que se pudo tener en cuenta las propuestas del resto de los interlocutores. El documento de los empresarios incluye, tras una serie de consideraciones sobre la oportunidad de la reforma, medidas concretas sobre las cuestiones propuestas. Así, se pronuncia sobre la necesidad de mejorar la seguridad jurídica en las contrata y de modernizar el marco regulador de las ETT.

Centrándonos, en primer lugar, en la regulación de las contrata y subcontrata, la propuesta empresarial parte de la premisa de la necesaria utilización de este modelo de descentralización productiva como «elemento clave para la mejora y refuerzo de la competitividad de las empresas», sien-

²⁰ Si bien es cierto que este criterio se ha acompañado de otros como la existencia de una estructura organizativa de carácter mercantil en la empresa contratista, el criterio del sometimiento del trabajador al ámbito de organización y dirección del empresario principal ha determinado, en ocasiones, la consideración de la operación como una cesión ilegal de mano de obra. Así podemos citar las Sentencias del TS de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 y, más recientemente, de 26 de abril de 2004. Véase un estudio sobre los diferentes criterios jurisprudenciales que muestran indicios de una cesión ilegal en M. LLANO SÁNCHEZ, «Empresas de Servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo», en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2006, págs. 13 y ss.



do «contraproducente para la productividad y el empleo restringir o limitar» el desarrollo de estos fenómenos. Sin embargo, aclara el documento que el recurso a los mismos «no está reñido con el mantenimiento y la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores».

En primer lugar, coinciden con las organizaciones sindicales en la necesidad de definir los conceptos de contrata, subcontrata, empresario principal y propia actividad, si bien reconocen que esta labor la ha llevado a cabo con éxito la jurisprudencia, por lo que concluyen que «resulta desaconsejable delimitar expresamente estos conceptos en nuestra regulación positiva», oponiéndose de este modo a la propuesta del Gobierno y los sindicatos. La justificación, además de la concreción de estos conceptos por la jurisprudencia, se centra en considerar que cualquier desarrollo normativo nunca lograría abarcar la multitud de matices que abarca la realidad de estos fenómenos de descentralización.

Frente a la propuesta sindical de extender el conjunto de responsabilidades a toda la cadena de contratas y subcontratas y reforzar la posición del empresario principal de cara a la responsabilidad por el incumplimiento de la normativa; el documento de los empresarios sostiene, por el contrario, que el sistema actual es excesivamente gravoso; resultando poco realista, dada la enorme complejidad que presentan hoy en día los procesos de descentralización productiva, exigir que el empresario tenga que fiscalizar a todos los empresarios que participan en los diferentes niveles de contratación, con los que no tiene relación directa alguna. Así, la propuesta empresarial se centra en la articulación de un sistema de responsabilidad limitada únicamente a quienes estén vinculados por una relación directa de contrata. Como vemos, en este punto, existe total desacuerdo entre los interlocutores sociales.

Por lo que se refiere a la cesión ilegal, el documento de los empresarios pone de manifiesto los criterios jurisprudenciales que han servido para identificar supuestos de cesión ilegal y falsas contratas y subcontratas; si bien, hace constar, como hemos comentado anteriormente, la necesidad de ponerlos en relación unos con otros dada su función complementaria. Así, considera conveniente añadir todos estos criterios a la regulación de la cesión ilegal, modificando de este modo la redacción del artículo 43 ET. Se hace hincapié en la necesidad de considerar el conjunto de criterios y no sólo el del ejercicio del poder de dirección efectivo, como se indicaba en el documento de los sindicatos más representativos.

2.3.2. *Las propuestas del Gobierno*

En primer lugar, resulta crucial extraer de los diferentes documentos del Gobierno la reiteración de su confianza en el diálogo social y la

promesa de no realizar ninguna reforma sin Acuerdo de los interlocutores sociales.

Como ya hemos tenido ocasión de comentar, son varios los documentos en los que podemos encontrar las propuestas del Gobierno para la Mesa del Diálogo Social, el principal lo constituye el documento que lleva por fecha el 18 de octubre de 2005, aunque, como puede deducirse de su propio contenido, las propuestas gubernativas se suceden en diferentes períodos, impulsando continuamente el diálogo social. Así, tras la Declaración para el Diálogo Social suscrita el 8 de julio de 2004, el Gobierno propuso el 15 de marzo de 2005 concretar el objeto de la negociación proponiendo, a la vista del informe de expertos, una relación abierta de temas a abordar y posibles líneas de actuación en los meses previos a la reforma. De este modo, el documento proponía cuatro grandes ámbitos de trabajo:

- la regulación laboral,
- el coste de la contratación temporal e indefinida,
- las políticas activas de empleo y la protección del desempleo,
- y los servicios públicos de empleo.

Consecuencia de ello fue el tratamiento por los Interlocutores Sociales y el Gobierno de un tema crucial en la reforma: el crecimiento del empleo, la mejora de la estabilidad laboral y la utilización adecuada de la contratación temporal. Y es precisamente desde esta perspectiva desde la que se vería afectada la regulación de la subcontratación y de la actuación de las Empresas de Trabajo Temporal en el mercado de trabajo. Era objetivo claro para el Gobierno desde el mes de marzo alcanzar el equilibrio entre la flexibilidad empresarial, la creación de empleo de calidad y la erradicación de las prácticas inadecuadas que debilitan la seguridad de los trabajadores. En definitiva, el Gobierno propone llevar a cabo una reforma del ordenamiento jurídico laboral que permita la creación de empleo, la reducción de la temporalidad y la armonización entre la seguridad de los trabajadores y la flexibilidad de las empresas.

Llama la atención el empleo del término «armonizar» por cuanto hace presuponer la existencia de dos realidades contrapuestas que es preciso conciliar. Y es precisamente este aspecto el que la reforma laboral pretende erradicar, la tradicional identificación entre fenómenos de descentralización y precariedad en el empleo. La reforma se propone como objetivo mejorar el empleo en España, sin que ello suponga mermar la capacidad competitiva de nuestras empresas; pretende que la adaptación a los nuevos procesos productivos sea compatible con el respeto de los derechos de los trabajadores y el mantenimiento de la estabilidad de los puestos de trabajo.

Dentro de la referencia a las medidas para mejorar la seguridad jurídica en la contrata y subcontratas, se destaca la importancia del fenómeno de descentralización productiva y externalización de actividades como «nue-

vas formas de organización que han incrementado los instrumentos de flexibilidad externa y han aumentado la competitividad de nuestras empresas, al permitirles adaptarse con más facilidad a los requerimientos del mercado». Insiste, así, el Gobierno, en la necesidad de aceptar la realidad económica que debe guiar la reforma de los aspectos laborales más relevantes a que da lugar, aunque pone de manifiesto que este fenómeno ha conducido a un «no deseable deterioro de la seguridad de los trabajadores que prestan sus servicios en empresas contratistas y subcontratistas»; aspecto por el que se justifica la reforma del régimen jurídico de la subcontratación.

A la hora de anunciar las medidas que se proponen se afirma que «resulta aconsejable modernizar la regulación de los efectos laborales de las contrata y subcontratas, a partir de un enfoque equilibrado que combine mayor seguridad para los trabajadores sin restar flexibilidad a la organización de las empresas». Esta búsqueda de equilibrios resulta muy evidente en el tratamiento que se da a la desvinculación del contrato de obra de la contrata, que se propone acompañada de medidas que equilibren la pérdida de flexibilidad de gestión para las empresas contratistas mediante la facilitación del despido de sus empleados al final de la contrata. Tanto es así que en la propuesta del Gobierno se afirma expresamente que «si no se introducen modificaciones en alguna de las líneas señaladas, debería abandonarse la pretensión de desvincular los contratos de obra y servicio de los supuestos de contratación y subcontratación, centrándose en este apartado las reformas en el establecimiento de límites temporales para los encadenamientos sucesivos de contratos temporales». Esta salvaguardia supone un reconocimiento tanto de la importancia de la subcontratación de obras y servicios como mecanismo ahora habitual de organización de la producción, como de su función de fuente de flexibilidad para las empresas; pero también supone traer a colación su efecto como factor de incremento de la temporalidad en el mercado de trabajo.

En efecto, un aspecto a destacar de este proceso de reforma es que se intentó combatir la temporalidad atacando sus causas, y desde un primer momento ésta se puso en relación con la descentralización productiva, en particular en los efectos de incremento de la temporalidad que tenía el recurso a contrata y subcontratas. Ya las organizaciones sindicales propusieron que se prohibiera expresamente que la realización de una contrata fuera utilizada como causa para concertar un contrato de obra o servicio determinado. Por su parte, el Gobierno de la Nación recogió esta propuesta en su Documento, proponiendo una «nueva regulación del contrato temporal de obra y servicio (artículo 15.1 del ET) que clarifique las causas de su utilización y la desvincule de las contrata y subcontratas. El carácter temporal de la contratación o subcontratación de obras y servicios no constituirá, por sí misma, causa suficiente para esta modalidad contractual».

La conexión entre temporalidad y subcontratación, o mejor, la subcontratación como factor de incremento de la temporalidad, se pretende romper desvinculando el contrato de obras o servicios de la prestación externalizada de servicios, uno de sus ámbitos naturales de utilización. Lo que se pretende es que el trabajar directamente en el proceso productivo de una empresa o el hacerlo en empresas auxiliares o contratistas sea neutral desde el punto de vista del empleo; la decisión empresarial de gestionar directamente o de externalizar no afectará así al volumen de trabajo temporal, puesto que si no se es fijo en la empresa principal se será en la contratista. Como contrapartida el Gobierno propone un mecanismo especial de extinción del contrato para las empresas contratistas, en el que la finalización de la contrata deja de ser motivo de extinción de un contrato de obra o servicio determinado para pasar a ser causa de despido económico.

Esta compensación que se ofrece a cambio de la desvinculación entre subcontratación y contratación temporal abre un nuevo ámbito de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios, hasta ahora inexplorado: el de un tratamiento especial del despido en las empresas contratistas, sometidas hasta ahora al régimen general del Estatuto para todas las empresas. La adopción de estas medidas, conllevaría que el tratamiento de la subcontratación adquiriese una naturaleza diferente: mientras hasta ahora su regulación en el artículo 42 ET se refiere a aspectos puntuales, y en general poco sustanciales en la ordenación de la relación de trabajo —información y responsabilidad, sobre todo—, la propuesta del Gobierno comienza a hacer de las empresas contratistas un sujeto diferenciado dentro de nuestro Derecho del Trabajo, con una identidad propia y una regulación especial en materias nucleares como el despido, al estilo del tratamiento que reciben las empresas pequeñas. En este contexto la definición de lo que es y deja de ser subcontratación adquiere una importancia aún mayor; y así lo entiende el mismo Gobierno cuando afirma que «como cuestión previa, cualquier modificación en esta materia exige una definición legal lo más precisa posible de lo que deba entenderse por contrata o subcontrata, que delimite con toda claridad el ámbito de aplicación de las nuevas normas que se establezcan y que se incluiría en el artículo 42 del ET».

Respecto del nuevo régimen que se propone para las empresas contratistas, el Gobierno plantea a los interlocutores sociales dos alternativas:

- bien introducir en el contrato de fomento de la contratación indefinida un elemento causal, específico para los supuestos de contratas y subcontratas, que permita la inclusión «ab initio» en el propio contrato individual de condiciones más precisas de extinción, vinculadas a una condición extintiva expresa, y una indemnización en función de la antigüedad;
- bien establecer modificaciones en el procedimiento actual de extinción de los contratos de trabajo, tanto de carácter individual como

colectivo limitadas a los supuestos de finalización de las contrataciones o subcontratas en que no exista posibilidades de subrogación o de ocupación de los trabajadores en otras actividades de la empresa, que establezca que dicha finalización es causa suficiente para el despido por razones económicas, y regule para los despidos colectivos un procedimiento específico para estos supuestos.

Junto a estas medidas, el Gobierno propone mejorar los instrumentos en manos de la representación de los trabajadores para controlar los procesos de subcontratación, señalando como posibilidad la de «ampliar los derechos de información de los representantes de los trabajadores, incluida la posibilidad de que los de la empresa principal y los de las empresas contratistas y subcontratistas puedan ejercer coordinadamente sus funciones».

También ha tratado el Documento del Gobierno el problema de las empresas de servicios, que ya analizamos. Como hemos visto, el Informe del Grupo de Expertos denunció el desarrollo irregular de estas empresas, que invadía el espacio reservado por el ordenamiento laboral para el trabajo temporal y burlaba la prohibición de cesión de trabajadores, al amparo de la amplia admisión de la subcontratación de obras y servicios. Los sindicatos fueron especialmente combativos en este campo, logrando el apoyo de las organizaciones patronales que en el ANC 2005 recogieron críticas a esta práctica. El Gobierno ha sido sensible a estas propuestas, y ha incluido en su agenda la regularización de la situación de las empresas de servicios, señalando que «la estabilidad y la seguridad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas se verá notablemente reforzada si se operan reformas (...) separando nítidamente lo que se considera contrata de obras y servicios y lo que constituye cesión ilegal (y por tanto, prohibida) de trabajadores». Para ello se propone «delimitar con toda precisión en el artículo 43 del ET los supuestos de cesión ilegal de trabajadores. En cualquier caso se entenderá cesión ilegal de trabajadores y, por tanto, prohibida, cuando concurren las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; que la empresa cedente carezca de patrimonio, organización o medios propios de producción o que la empresa cedente no ejerza directamente la organización, dirección y control de la actividad de los trabajadores por ella contratados».

En general, uno de los objetivos del proceso de reforma, en el que coinciden todos sus protagonistas, es el de la necesidad de mejorar el marco jurídico de la subcontratación de obras y servicios en España, con una nueva redacción del artículo 42 ET que defina los conceptos que maneja, y que simplifique la delimitación de su ámbito de aplicación. Para incrementar la eficacia de esta regulación los sindicatos han propuesto incrementar las com-

potencias de la representación de los trabajadores en las empresas involucradas en la cadena de contratación.

En definitiva, toda la reforma de la regulación de los efectos laborales de la subcontratación es enmarcada por el Gobierno de la Nación dentro de una política general de equilibrio entre necesidades empresariales y sociales, de acuerdo con el paradigma de flexiguridad promovido por el Informe del Comité de Expertos para el Diálogo Social.

Finalmente, a lo largo del proceso de reforma se ha tenido también ocasión de tratar la problemática que presentan las Empresas de Trabajo Temporal que, a diferencia de reformas anteriores, han recibido un tratamiento bastante favorable. En el Documento del Gobierno de octubre de 2005 se plantean una serie de reformas destinadas a mejorar su posición en el mercado de trabajo, partiendo de que el tratamiento riguroso que hasta ahora han recibido no está ya justificado²¹; por ello se propone suprimir algunos de los sobrecostes que estas empresas sufren en materia de cotizaciones sociales, e iniciar los pasos para replantear su exclusión de ciertos sectores y actividades. Sólo de este modo se puede reforzar el papel de estas empresas en la intermediación en el mercado de trabajo. También se ocupa de ellas el Documento indirectamente cuando se refiere a las empresas de servicios; en efecto, se dice que se considerará que existe una cesión de trabajadores en aquellas subcontrataciones que supongan la mera puesta a disposición de trabajadores; con lo que está diciendo que estos servicios sólo podrán ser prestados por ETT, los únicos sujetos legitimados para poner trabajadores a disposición de empresas usuarias. La contrata de mano de obra sólo se admite si participa una ETT, con todo lo que ello supone.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO DE 2006

Toda esta negociación culmina con la firma del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo (AMCE, en adelante) en mayo de 2006²²,

²¹ Se dice, en efecto, que «la experiencia acumulada en los años transcurridos desde la regulación legal de las empresas de trabajo temporal, y las garantías que para su funcionamiento como gestoras del trabajo temporal han introducido tanto las sucesivas reformas legislativas como la regulación incluida en los convenios colectivos del sector, aconsejan la supresión de las penalizaciones respecto a la contratación temporal directa establecidas actualmente en materia de cotizaciones por desempleo e indemnizaciones por final de contrato, que carecen de justificación al día de hoy».

²² Sobre este Acuerdo, Analistas de Relaciones Industriales, «Paso a paso», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2006; T. SALA FRANCO y A. PEDRAJAS, *La reforma del mercado de trabajo: a propósito del Acuerdo para la mejora de la Competitividad y el Empleo suscrito por los*



documento éste que ha sido por lo general negativamente valorado, como resultado escaso para una negociación tan ambiciosa en sus planteamientos. La idea de que nos encontramos ante una «reformita» ha calado en ciertos círculos empresariales, y ha llegado también a la doctrina iuslaboralista²³. Y aún cuando resulta del todo evidente que nos encontramos ante una reforma menor, en modo alguno compartimos esta posición derrotista; las medidas no son espectaculares, pero sí se dirigen directamente hacia los problemas medulares de nuestro mercado de trabajo. Los grandes temas están ahí, y se han afrontado con medidas modestas pero inteligentes, que pueden ser muy efectivas.

Desde el punto de vista de este trabajo, las formas externalizadas de producción, la primera conclusión a la que se llega del estudio del Acuerdo es que es precisamente aquí donde las críticas que de éste se han hecho, en tanto reforma frustrada o incompleta, pueden resultar justificadas. En efecto, éste supone una severa reducción de los objetivos y planteamientos manejados durante el proceso de reforma; así, en el AMCE se reducen los tipos o supuestos de descentralización sobre los que se acuerda; y, dentro de éstos, los aspectos o facetas tratados. En relación con la descentralización productiva, el Acuerdo se fija como único objetivo el de «introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo»; posteriormente se afirma que la finalidad de las medidas que se acompañan es la de «asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva no vaya en perjuicio de la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo». Se observa claramente la reducción del centro de atención del acuer-

agentes sociales y el gobierno el día 9 de mayo de 2006, Madrid, 2006; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Concertación social y mercado de trabajo (I y II)», *Relaciones Laborales*, no.12 y 13, 2006; A. DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ, «El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo: ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2006; O. MOLINA ET AL., «Nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 280, 2006.

²³ Hasta el punto de ser calificada como «reforma de mínimos» como comprobamos en los primeros artículos doctrinales que comentan la reforma. Véase por ejemplo, J. R. MERCADER UGUINA, «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida», en J. CRUZ VILLALÓN ET ALT. *La Reforma Laboral de 2006*, Lex Nova, 2006, pág. 155; O. MOLINA ET AL., «Nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?», *op. cit.* pág. 3; DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ, «El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo: ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos», *op. cit. passim*.

do, que en materia de subcontrata identifica un supuesto particular de éstas, las que se producen de forma continuada en un mismo centro de trabajo.

Cuestiones centrales en este debate como la conexión entre la subcontratación y el contrato temporal de obra o servicio han desaparecido del acuerdo final. Nuevamente se ha perdido la oportunidad de dar una nueva redacción, completa, clara y exhaustiva a un precepto como es el art. 42 ET. De ahí que cuestiones como el concepto de propia actividad, el papel y la dinámica del certificado negativo de descubierto y otros tantos que se plantearon en los primeros documentos, sobre todo sindicales, hayan quedado relegados al olvido. Este silencio es aún más llamativo si tenemos en cuenta que ya se encuentra en el Senado una importante regulación de la subcontratación de obras o servicios en el sector de la construcción, ésta sí, completa y exhaustiva y que tiene paradójicamente su origen en la negociación entre los interlocutores sectoriales ²⁴.

El carácter transaccional del AMCE se observa en esta materia de una manera muy clara; estando muy enfrentadas las posiciones de las partes, se ha optado por un acuerdo de mínimos, que excluye las materias más discutidas; y esto como alternativa al fracaso en la negociación, ante la situación de impasse a la que se había llegado. De todo lo que había sobre la mesa de negociación han sido las materias relacionadas con la descentralización productiva las que se han sacrificado en mayor medida en aras de alcanzar un acuerdo ²⁵. Desde otro punto de vista, la reforma de 2006, que se inició queriendo ser una reforma sobre todo de las formas externalizadas de producción, por el camino ha dejado de serlo; el resultado es que ésta es, a día de hoy, una reforma todavía pendiente.

El carácter residual de estas materias en el acuerdo final se comprueba con la misma sistemática del AMCE: aparecen en un capítulo II en el que se mezclan medidas «para mejorar la utilización de la contratación temporal, cesión ilegal de trabajadores, contratas y subcontratas, Inspección de Trabajo y Seguridad Social». Un conjunto de medidas sin relación alguna entre ellas, que expresa en general un carácter de «acuerda-lo-que-puedas» del AMCE.

²⁴ Esta fue una de las propuestas del Documento elaborado por los sindicatos más representativos, cit. supra epígrafe 2.3.1. a). Véase al respecto el Documento sobre propuestas unitarias para el Diálogo Social sobre el Mercado de Trabajo de los sindicatos UGT y CCOO, pág. 13.

²⁵ Véase A. DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ, *op. cit.*, pág. 52, para quienes «la enorme distancia entre unas y otras posiciones ha determinado que, finalmente, el consenso haya alcanzado exclusivamente a aspectos muy puntuales en la regulación jurídica de las contratas».

4. LAS MEDIDAS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2006

La reforma del régimen jurídico de la descentralización productiva se produce, finalmente, en el capítulo II del RDL, que lleva por título el de «Modificación de la legislación laboral para mejorar la utilización de la contratación temporal, las prestaciones del fondo de garantía salarial y la transparencia en la subcontratación de obras y servicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores»; con lo que se mantiene la falta de sistemática y racionalidad material en la presentación y ordenación de las medidas de reforma característica del AMCE. En concreto, los cambios se hacen en el artículo 12 del RDL, que lleva por título el de «Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo»; se encuadran en este artículo una serie de medidas que no comparten más que afectar al mismo precepto legislativo, incluyendo tanto materias propias de la descentralización productiva como otras cuestiones completamente diferentes.

4.1. La reforma de la subcontratación

a) Para empezar, el Acuerdo vino a introducir en nuestro Derecho una nueva categoría, la de empresas vinculadas mediante contratas de obras y servicios *que comparten un mismo centro de trabajo*; categoría ésta que no coincide con las manejadas hasta ahora por el legislador laboral —propia actividad o no, padre de familia respecto de su hogar o no, con o sin razón de una actividad empresarial—, y que habrá que ir definiendo, introduciendo un nuevo elemento de complejidad en la gestión del precepto.

De entrada, parece claro que pueden ser de éstas contratas tanto de propia actividad como de actividad ajena, por lo que esta difícil diferenciación no interferirá con la introducida en 2006.

Por otra parte, en el nuevo régimen introducido por el RDL 5/2006 se distinguen dos géneros o subtipos dentro de esta nueva categoría, según que compartan o no el mismo centro de trabajo «de forma continuada».

b) El apartado 7 del artículo 12 del RDL 5/2006 da nueva redacción al artículo 42.4 ET, añadiendo un nuevo inciso final con el siguiente tenor: «cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas»²⁶. Este inciso debe ser analizado en relación con el resto del apartado 4 para poder determinar con precisión su contenido.

²⁶ Sobre esta nueva obligación, A. DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ, *op. cit.*, pág. 52; H. ÁLVAREZ CUESTA, «Subcontratación de obras y servicios», en J. J. FERNÁNDEZ

Lo que se viene a hacer, básicamente, es crear una nueva obligación de información para las empresas que contraten o subcontraten partes de su actividad. El artículo 42.4 previamente en vigor ya le imponía una de informar a los representantes de los trabajadores, con un contenido fijado en la norma; esta obligación preexistente se completa con otra ahora, que es la de llevar un libro registro en el que se hará constar esta misma información. El empresario queda, de esta manera, doblemente obligado, frente a los representantes de los trabajadores, a los que debe una de información, y otra de recoger estas mismas informaciones en un documento determinado, el libro registro.

Esta nueva obligación, como la anterior, corresponde a la empresa principal; y en éste se harán constar todas las informaciones a que se refiere el apartado 4 de este artículo 42 ET;

- Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- Objeto y duración de la contrata.
- Lugar de ejecución de la contrata.
- En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Este libro registro sólo será obligatorio «cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo»; lo que lógicamente nos obligará a delimitar en qué consiste esta situación, que a su vez viene definida por la coincidencia de varios factores. Tendremos que saber, pues,

- qué sentido tenemos que darle a la expresión «centro de trabajo»
- qué significa «compartir» a estos efectos
- cuándo esto se producirá «de forma continuada»

El último aspecto de esta obligación que se señala es que este libro «estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores». Es también necesario delimitar a qué se está haciendo referencia con esta previsión. En primer lugar, hay que ver qué significa «estar a disposición»; dada la naturaleza de la obligación de la empresa y su objeto material —un libro registro—, podríamos entenderlo en un sentido similar al de la obligación

DOMÍNGUEZ (dir.), *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Laborum, Murcia, 2006, págs. 129 ss.; DE SOTO RIOJA, LÁZARO SÁNCHEZ, PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La descentralización productiva en el Estatuto de los Trabajadores: regulación y desregulación», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y M. L. PÉREZ GUERRERO (coords.), *XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, Monografías de Temas Laborales*, Sevilla, 2006.

del empleador respecto del acceso de la Inspección de Trabajo a los libros y documentos de la empresa. Sólo que la Inspección disfruta de un carácter de autoridad pública del que carecen los representantes de los trabajadores.

El artículo 42.4 ET se ocupa de una obligación de información de la empresa principal respecto de los representantes legales de sus trabajadores; por ello hay que entender que esta última mención afecta a estos mismos representantes; aunque lo lógico sería entender que también los de las empresas contratistas y subcontratistas —si comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo— tienen derecho a consultar este libro, particularmente cuando el objetivo de la reforma es mejorar la tutela colectiva de estos trabajadores cuando se encuentran en la principal. El objetivo expresado por el AMCE de «introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo» debe servirnos aquí de criterio interpretativo, ya que nos indica de manera directa la *mens legislatoris* —en este caso, la *mens negotiatoris*—; cuanto mayor sea el abanico de sujetos legitimados a acceder a ese libro registro, mayor será la transparencia en el proceso de externalización.

La obligación de disponer de un libro registro que se impone a las empresas principales que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo viene reforzada en el RDL 5/2006 con la previsión de una sanción administrativa específica para el caso de incumplimiento²⁷. El artículo 14 del Real Decreto-Ley, en efecto, viene a añadir un nuevo apartado 12 al artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, con la siguiente redacción: «12. No disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores». Esta nueva infracción es calificada como grave, y será sancionada en consecuencia de acuerdo con lo previsto en este Real Decreto Legislativo.

La previsión de esta nueva infracción laboral parece lógica, ya que el RDL 5/2006 ha introducido una nueva obligación, cuyos incumplimientos es necesario prever y evitar. Como lo es también la calificación que de ésta se hace, al tratarse de un ilícito que afecta a una obligación de registro. Sin embargo, no debemos perder de vista que no hay una coincidencia entre la obligación legal del artículo 42.4 ET y la infracción laboral del artículo 7.12 RDLeg 5/2000. En efecto, lo que se sanciona es «no disponer del libro re-

²⁷ Lo que viene a cubrir una laguna que se había identificado en el AMCE; H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, pág. 135.

gistro»; y sólo cuando esto suponga «ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores»²⁸. Cuando la obligación introducida por el RDL 5/2006 es incondicionada, paralela a la anteriormente existente de suministrar esta información a estos representantes; ambas vías de información se plantean en paralelo, sin que el cumplimiento de la una pueda suponer la exoneración de la otra, que es lo que parece hacer el artículo 7.12 RDLeg 5/2000. Veamos cómo se produce este efecto: si finalmente la información llega a los representantes de los trabajadores —porque el empresario se las suministre por cualquiera otra vía—, no se castigará el incumplimiento de llevar el libro registro, en los términos en los que está definido el ilícito laboral; luego si damos cumplimiento a una de las dos obligaciones recogidas ahora en el artículo 42.4 —la de informar—, automáticamente se exonera el incumplimiento de la otra —la de llevar el libro registro—, si ésta llegara a producirse.

Por otro lado, no quedan claras las consecuencias en caso de que se produzca otro posible incumplimiento de la nueva obligación del artículo 42.4 ET: si se lleva efectivamente el libro registro, pero no se pone a disposición de los representantes legales de los trabajadores. Repárese que el artículo 7.12 habla de «no disponer del libro registro», de no tenerlo; mientras que el 42.4 cuando habla de este libro registro distingue entre «disponer de» —la empresa— y estar «a disposición de» los representantes de los trabajadores, y sólo el incumplimiento del primer supuesto está incluido en el ilícito administrativo. Seguramente en este caso nos encontraríamos ante un supuesto de «transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos», en los términos previstos en el artículo 7.7 RDLeg 5/2000. Por el contrario, no estaríamos ante «el incumplimiento del deber de información a los trabajadores en los supuestos de contratos al que se refiere el artículo 42.3 del Estatuto de los Trabajadores», ya que la obligación a que nos referimos no es la que recoge este precepto estatutario, el artículo 42.3, sino otra nueva que aparece en el apartado siguiente del mismo artículo. Estaríamos, en todo caso, también ante una infracción laboral grave.

c) La reforma incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 42, que establece nuevas reglas en cuanto a la representación de los trabajadores en estos casos: «los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relati-

²⁸ En el mismo sentido se pronuncia, respecto del citado precepto, F. J. CALVO GALLEGÓ, «Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación», en el libro colectivo J. CRUZ VILLALÓN (coordinador), *La reforma laboral...*, *op. cit.* pág. 143.



vas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende»²⁹. Este precepto pretende incrementar la protección colectiva de los trabajadores de empresas contratistas, mediante la actuación de unos representantes de los trabajadores que no son los suyos; este mecanismo se inspira claramente en el ya previsto para los trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal, que pueden presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria «reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral» (artículo 17 de la Ley 14/1994). El Acuerdo lo recoge, sin embargo, con grandes limitaciones que minan su efectividad: sólo se podrá acudir a los representantes de la empresa principal si carecen de representación; siempre por «cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral»; nunca respecto de «reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende»; y sólo «mientras compartan centro de trabajo». De ahí que se le haya denominado como «representación subsidiaria» del personal contratista³⁰.

En particular no se entiende la exigencia de que este personal carezca de representación; exigencia que, por otra parte, no se aplica al personal en misión según la Ley 14/1994. La idea debería ser la de ofrecerles, por la forma especial en que prestan sus servicios, un nuevo canal de representación, paralelo al que puedan disfrutar en sus propias empresas; canal que no debe ser entendido como alternativo o subsidiario al natural, el de los representantes en su propia empresa. Sobre todo cuando este mecanismo sólo opera en relación con las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa principal; para las que se planteen con su empleadora debieran actuar sus propios representantes, por lo que unos y otros, los de la empresa empleadora y los de la principal, podrían tener muy bien marcadas sus funciones. En los términos del Acuerdo este reparto de funciones no es posible, y si existen representantes en la empresa contratista el trabajador no podrá acudir a los de la principal³¹.

²⁹ Véase un comentario a este nuevo precepto en A. DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ, *op. cit.*, pág. 53; H. ÁLVAREZ CUESTA, «Subcontratación de obras y servicios», *op. cit.*, pág. 135; DE SOTO RIOJA, LÁZARO SÁNCHEZ, PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *ibidem*; F. J. CALVO GALLEGU, «Las modificaciones...», *op. cit.* pág. 145.

³⁰ H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, pág. 135.

³¹ Lo que plantea la cuestión de quién representa al trabajador cuando tiene problemas con su propia empresa, su empleador, la empresa contratista; los representantes de la empresa principal no, porque los excluye el artículo 42.6 ET; y los de la contratista tampoco, porque por definición no existen.

Debemos criticar esta solución, por ser excesivamente rígida y reduccionista; basta compararla con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 14/1994 para el personal en misión. Y eso que este personal se encuentra por definición en la empresa usuaria de forma temporal, mientras que el acuerdo se refiere a empleados que pueden mantener una relación estable con la empresa principal, dado que ésta y su empleadora comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo. Lo lógico sería haber ampliado el ámbito de la representación subsidiaria respecto de lo previsto en la Ley 14/1994, no reducirlo como efectivamente se ha hecho.

Por el contrario, este precepto se presenta con un amplio ámbito de aplicación, ya que lo dispuesto en este nuevo apartado se aplicará respecto de los «trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas», sin que sea necesario que compartan el centro de trabajo de forma continuada³². Este dato es interesante, y afecta a la dinámica del precepto más de lo que pudiera parecer a primera vista: en los apartados 4 y 7 se prevé un régimen especial «cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo»; este criterio es un elemento que identifica a un tipo particular de contrata. Por el contrario, en el apartado 6 se habla de «trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas (...) mientras compartan centro de trabajo», con lo que se está identificando no un tipo de contrata, sino una situación particular de trabajadores individualmente considerados. Se nos está indicando una determinada situación temporal de estos trabajadores empleados por contratistas, el momento en que compartan centro de trabajo con los empleados de la principal. Mientras dure esta situación, se podrán beneficiar de la representación subsidiaria por los representantes legales de éstos.

El RDL 5/2006 no ha modificado el Real Decreto Legislativo 5/2000 para incluir una nueva infracción laboral referida a los incumplimientos empresariales respecto de esta situación. Por ejemplo, porque se niegue a reconocer la legitimidad de los representantes de sus empleados para presentar reclamaciones por los de las contratistas. Es posible que nos encontremos ante un nuevo supuesto de «transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos», en los términos previstos en el artículo 7.7 RDLeg 5/2000, lo que calificaría la conducta empresarial como una infracción grave en materia de relaciones laborales.

d) El Acuerdo incorpora también un nuevo apartado 7 en el artículo 42, en el que se prevé la posibilidad de los representantes de los trabajado-

³² Ni que la contrata en cuestión afecte a la propia actividad de la empresa, a lo que parece.

res de las empresas que compartan el centro de trabajo de forma continuada se reúnan para coordinar sus actividades. No se dice mucho sobre estas reuniones: sólo que se efectuarán «a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral»; y que se harán «en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley». En esto el Acuerdo supera lo previsto por la Ley 14/1994 para las empresas de trabajo temporal, antecedente claro de esta regulación³³.

Este mismo apartado concluye con un inciso de redacción oscura: «la capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación». Si leemos esta previsión en sus términos literales aparece como una declaración tautológica, completamente innecesaria y superflua por lo obvia que resulta. Pero interpretada *contrario sensu* sí que nos dice algo con sentido: que el hecho de que ambas representaciones se coordinen no altera ni las competencias ni las prerrogativas de éstas. En términos prácticos esta previsión opera en dos ámbitos diferentes:

- un primer aspecto es lo que el Estatuto denomina «ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores». Este «ámbito» debe entenderse en el sentido de que las competencias de cada uno de estos representantes se ceñirán a lo establecido en la ley, frente a su propia empresa³⁴;
- que los representantes de la empresa contratista no dispondrán de un crédito de horas adicional por actuar en la sede de la empresa principal; como tampoco los representantes de la empresa principal lo tendrán cuando actúen por cuenta de los trabajadores empleados por empresas contratistas.

Se reconoce, así, una especie de principio de «neutralidad» en cuanto a esa medida. Neutralidad que se produce respecto de los empresarios afectados, que no tendrán que asumir el coste de una medida diseñada en beneficio de los trabajadores. Este «incremento de la transparencia» amplía competencias para unos, los representantes legales, pero no a costa de obligaciones para los otros, sus empleadores. El origen convencional de la medida explica sin duda esta solución.

De nuevo la Ley 14/1994 es más clara y directa en este punto, cuando tras reconocer competencias de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria respecto del personal en misión dispone que esto se produ-

³³ Para otros autores, este precepto guarda claras semejanzas con el artículo 39.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y con el artículo 16 del RD 171/2004. Véase F. J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones...», *op. cit.* pág. 145.

³⁴ No habría por tanto aquí representación subsidiaria alguna.

ce «sin que pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales a que tengan derecho dichos representantes» (artículo 17.1 Ley 14/1994)³⁵.

Aunque es posible entender esta previsión legal en términos constructivos, como una invitación a la negociación colectiva a ampliar esta capacidad de representación, ámbito de actuación y crédito horario de los representantes de los trabajadores. El legislador laboral habría comenzado por reconocer expresamente la posibilidad de esta actuación coordinada —algo que, por otra parte, no hubiera necesitado de cobertura legal y que de hecho ya se está haciendo en algunas empresas—; es ahora la negociación colectiva la que tiene que determinar el régimen jurídico de ésta.

e) La única ampliación de competencias y prerrogativas de los representantes de los trabajadores se produce cuando el Acuerdo modifica el artículo 81.1 ET, donde se recoge el derecho de éstos al uso de un local para sus actividades. A partir de ahora, «la representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa»³⁶. Derecho éste que no sustituye al que tiene reconocido en las instalaciones de su propia empresa, sino que lo completa, teniendo en cuenta que a partir de ahora parte de su actividad representativa tendrá lugar también en la sede de la empresa principal³⁷. Del texto acordado parece desprenderse que se trata de los mismos locales cuyo uso haya sido reconocido a la representación de los trabajadores de la empresa principal; y que para su utilización se deberá negociar exclusivamente con la empresa, y no con los representantes del personal de ésta que ya los estén utilizando³⁸.

Se mantiene el mismo mecanismo de resolución de las posibles controversias en cuanto a la utilización de este local: «las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección

³⁵ Claro que la Ley 14/1994 no proviene de un acuerdo interconfederal, sino que fue una iniciativa legislativa del Gobierno; no tuvo que cuidar tanto el lenguaje, en consecuencia.

³⁶ Véase F. J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones...», para quien resulta llamativo que esta utilización de locales no se extienda expresamente al tablón contemplado en el mismo artículo 81 del ET o a los medios tecnológicos que pudieran complementarlos o sustituirlos. Coincidimos con este autor en que la falta de referencia a estos denota una falta en la modernización de los conceptos que puede generar problemas en el discurrir normal de la actividad de representación de los trabajadores.

³⁷ De nuevo en este punto el Acuerdo va más allá de lo previsto en la Ley 14/1994, en la que no se recoge ninguna disposición en este sentido.

³⁸ La voluntad de no incrementar las cargas para la empresa es evidente; en los términos del Acuerdo, el acceso de estos otros representantes se convierte en una carga para los de la empresa principal, que deberán compartir con ellos sus instalaciones, parece que de forma obligatoria. El origen pactado de esta medida se comprueba claramente en esta solución.



de Trabajo». Sólo que ahora estas discrepancias pueden tener una naturaleza distinta a la tradicional: no sólo que se podrán plantear entre unos representantes de los trabajadores —los de la contratista— y una empresa que no es la suya— la principal—; sino también que es muy probable que las controversias se produzcan entre los mismos representantes, entre los de la empresa principal y los de las contratistas y subcontratistas; o entre éstos.

4.2. La reforma de la cesión de trabajadores

En lo que a la cesión de trabajadores se refiere³⁹, el RDL sigue fielmente lo acordado en el AMCE poco antes, que a su vez se acerca bastante a lo propuesto por el Gobierno en su Documento de 2005, con alguna pequeña modificación⁴⁰. El objetivo, entonces y ahora, es ciertamente concreto, muy alejado de una reordenación completa de la figura. Lo que se pretende es facilitar la diferenciación entre la contrata legítima y la cesión ilegítima, uno de los problemas tradicionales en el ámbito de esta figura que ahora ha renacido con las empresas de servicios hasta convertirse en uno de los centros de atención en todo el fenómeno de la descentralización productiva. Otros aspectos de esta figura, como su régimen jurídico o su propia definición, que probablemente hubieran merecido alguna atención, han sido dejadas de lado a pesar de que también fueron discutidas a lo largo del proceso de reforma. Desde este punto de vista sería dudoso afirmar que la de 2006 ha sido una verdadera reforma del artículo 43 ET, por más que el texto de este precepto haya sido modificado. Deberíamos hablar más bien de ajuste, mejora o afinamiento, en tanto que se pretende que este precepto se aplique de manera más eficiente, cumpliendo su objetivo de regular las relaciones mediatas de trabajo de acuerdo con un determinado modelo.

Para conseguir su objetivo de facilitar la aplicación del régimen previsto en el artículo 43 ET, el RDL incluye una identificación de supuestos tipo de cesión de trabajadores. El objetivo no es tanto definir la figura —algo que ya se hacía en el apartado 1 del artículo 43—, como diferenciar ésta de la subcontratación de obras y servicios. Esto es, que más que

³⁹ DE SOTO RIOJA, LÁZARO SÁNCHEZ, PÉREZ GUERRERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *ibidem*; H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, pág. 148; A. DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ, *op. cit.*, pág. 54; J. R. MERCADER UGUINA, «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida», *op. cit.*, pág. 155.

⁴⁰ Lo que no debe extrañar, toda vez que el Documento del Gobierno se presentaba como una concreción de las propuestas de los interlocutores sociales.

definir la cesión en sí, se identifican aquellas formas de cesión encubiertas o confundibles con subcontrataciones legales⁴¹.

Esto se hace mediante un nuevo apartado 2, que obliga a reenumerar el resto de los del artículo 43. Se dice que «*en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo*» cuando se produzca alguna de las circunstancias, expresadas de forma alternativa:

- que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria,
- que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable,
- que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad,
- que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

El primero de los supuestos se refiere a la relación entre las partes; para que no resulte redundante —puesto que «poner a disposición trabajadores» es precisamente en lo que consiste la cesión— debe interpretarse como que se refiere al objeto material del contrato, no al formalmente pactado entre las partes. Esto es, que con independencia de lo que en el contrato se diga, en la práctica el intercambio de prestaciones se cifa al préstamo de mano de obra y a su retribución. Nos movemos en el campo de lo que en España se ha llamado tradicionalmente como «pseudocontrata», construcción judicial que se centraba en el análisis de las prestaciones efectivas, operando sobre la base del fraude de ley⁴². A partir de la realidad del mercado de trabajo, en el que la contrata del artículo 42 ET operaba como pantalla para ocultar la cesión del 43, los jueces analizaban la realidad del intercambio de prestaciones entre ambas empresas, con abstracción de la calificación que

⁴¹ Como argumento a favor de esta interpretación podemos aportar el texto del AMCE cuando presentaba esta modificación del artículo 43 ET: según el acuerdo «es conveniente deslindar con claridad la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores».

⁴² Aunque se trata de un concepto prácticamente en desuso en la actualidad, es posible citar algunos pronunciamientos que sirvieron para conformar el concepto de «pseudocontrata». Así la STS de 17 de julio de 1993 se refirió a los criterios para distinguir la contrata legal de la cesión ilegal, considerando fundamental analizar «si la empresa que lleva a cabo la actividad es una empresa real, o por el contrario, meramente operante, sin medios ni apariencia empresarial alguna y cuya única actividad sea la de suministrar trabajadores a la empresa principal que busca eludir así, a través de esta interposición de un ente en gran medida ficticio, sus responsabilidades de empleador ante unos trabajadores que ven —o pueden ver— burlados sus derechos».

hubieran dado a su vínculo contractual; si resultaba que éste no coincidía con aquélla se deducía la existencia de una simulación, que llevaba a calificar la práctica como cesión prohibida, aplicando todo el aparato sancionador previsto en el Estatuto ⁴³.

Los supuestos segundo y tercero, que en el texto acordado aparecen de forma conjunta, se refieren a las características de la empresa cedente, que si es una falsa organización productiva impide que la relación entre las empresas sea una verdadera contrata, inclinándola hacia la cesión de trabajadores. Aquí el acuerdo recoge otra construcción tradicional de nuestra práctica judicial, la de la «empresa aparente», cuya presencia ha sido durante mucho tiempo exigida por nuestros tribunales para considerar presente una cesión; hasta bien entrados los años noventa del siglo XX, una empresa debía ser falsa o fraudulenta para poder considerarla cedente de trabajadores ⁴⁴. Últimamente los tribunales laborales habían redimensionado la importancia de este elemento, manejándolo como indicio de la cesión más que como requisito de ésta ⁴⁵.

El cuarto supuesto se fija en el desarrollo efectivo de los servicios del trabajador de la empresa cedente en la cesionaria, analizando la dirección y control efectivos de su actividad. También se trata de un indicio generalmente manejado por los tribunales para identificar la existencia de una falsa subcontratación ⁴⁶.

⁴³ El TS ha utilizado por esto la técnica del «levantamiento del velo», considerando aplicable a estas situaciones el artículo 43 ET y no el 42. Véase, por todas, STS 17 de enero de 1991, 17 de julio de 1993 y 18 de marzo de 1994. Citando y aplicando esta doctrina podemos ver las SSTSJ Cataluña, de 13 de diciembre de 1996 (AS 1540 y 4987), STSJ Madrid de 21 de diciembre de 1998 (AS 4399) y STSJ Murcia de 18 de septiembre de 2002 (AS 2846).

⁴⁴ En particular, la STS 17 de enero de 1991, considera que la empresa contratista, para merecer tal nombre, «debe disponer de una organización productiva con existencia autónoma o independiente...y desarrollar una actividad lícita, propia y específica, que sea distinguible por extensión o por concreción, de la empresa principal, lo que implica de una parte organizar, dirigir y controlar de manera efectiva el desarrollo de tal actividad, ejerciendo el contratista funciones inherentes a la condición de empresario, y por otra, asumir las responsabilidades y los riesgos económicos propios de la gestión empresarial». De lo contrario era considerada una «pseudcontrata» y por tanto se aplicaría el régimen del artículo 43 ET y no del 42.

⁴⁵ Recientemente encontramos algunos pronunciamientos del TS en los que se hace referencia al criterio de la existencia de una estructura y organización propia para la empresa contratista, que además deberá «poner en juego su estructura y organización empresarial». No obstante el TS hace hincapié en que la delimitación del ámbito de la cesión de trabajadores, regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, frente a las contratas no es fácil, siendo preciso la «aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes sino complementarios, y que tienen valor indicativo u orientador». Véase en este sentido la STS de 16 de junio de 2003 y de 26 de abril de 2004.

⁴⁶ Tradicionalmente éste ha sido un criterio determinante de la existencia de falsa contrata; cuando la empresa contratista «tiene decisivamente limitada su capacidad de selección y

Estas cuatro situaciones pasan de ser indicios a convertirse en supuestos-tipo de cesión, de tal modo que basta con su mera identificación para que se entienda producida ésta. Se desplaza con ello la actividad del juez laboral, que hasta ahora debía encontrar estos elementos, y a partir de éstos valorar cuál debía ser la calificación de la relación entre las empresas tomando en consideración el conjunto de las circunstancias del caso; con la reforma debe limitarse a la primera fase, operándose *ope legis* la calificación de la práctica como prestamismo laboral.

Esta es la verdadera finalidad de la reforma, facilitar la aplicación de la regulación vigente hasta entonces, sin modificar ésta, que se considera aceptable. Ni siquiera se pretende corregir la práctica jurisprudencial en este sentido, sino más bien confirmarla y potenciar su aplicación. Que la reforma no pretende innovar nada en este punto se confirma con una lectura de lo acordado: «teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal (...) debe incorporarse al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores que incorpore a la ley la jurisprudencia sobre esta materia».

Aunque no se diga expresamente, con esta previsión el RDL 5/2006 pone en marcha lo que había sido una prioridad de todos los protagonistas del proceso de reforma, el control de la actividad de las empresas de servicios. Repárese que el nuevo apartado 2 habla expresamente de «los contratos de servicios entre las empresas». Seguramente por no tratarse de una categoría legal se ha preferido evitar cualquier mención alguna a este tipo de empresas, que sin embargo están ya siendo reconocidas como tales, y con esta denominación, en la negociación colectiva y en la jurisprudencia laboral.

El RDL 5/2006 es sumamente modesto en este punto, como se ve, ya que en gran medida se produce una legalización de criterios ya conocidos en nuestro país, sólo que se les pasa del plano jurisprudencial al normativo, y del nivel de indicios al de tipos legales. Pero es dudoso que estos cambios tengan efectos importantes. En España la distinción entre cesión ilegal y con-

dirección de personal, no influyendo en la fijación de precio de los servicios». En este sentido se pronuncian las SSTs de 17 de julio de 1993 y 18 de marzo de 1994, 12 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002 y, más recientemente, la STS de 16 de junio de 2003 en la que se contempla éste como uno más de los indicios a considerar para detectar la existencia de una falsa contrata. También es importante la labor de los Tribunales Superiores de Justicia que han ido matizando y aplicando la citada doctrina a supuestos específicos. Véase un estudio detallado de estos pronunciamientos judiciales en M. LLANO SÁNCHEZ, «Empresas de servicios...», *op. cit.* págs. 13 y ss.



trata legal se hace desde hace tiempo precisamente analizando la existencia de una organización real en la empresa que presta el servicio, y quién ejerce de hecho el poder de dirección sobre el trabajador; y la situación de inseguridad jurídica que se denuncia proviene precisamente de la dificultad de aplicar estos indicios en la práctica. De ahí que su introducción en el texto del artículo 43 ET no suponga una gran ventaja. El problema está en que la delimitación de ambos preceptos es enormemente difícil, dados los evidentes puntos de contacto entre ambas figuras; y dada, también, la «ingeniería jurídica» utilizada por las empresas cedentes de trabajadores, que camuflan su actividad al amparo del artículo 42 ET.

Por otro lado, debe criticarse la confusión de planos que se produce en el nuevo artículo 43.2, pues éste señala cuatro supuestos en los que se considerará automáticamente la existencia de cesión ilegal —¿sin excepción?—; y estos supuestos son muy dispares. En el primer caso, la mera puesta a disposición de trabajadores, nos encontramos precisamente ante el supuesto de hecho del artículo 43 ET, sólo que expresada con otras palabras, usando la terminología propia del trabajo temporal. Interpretada de manera literal, y con cierta mala idea, resulta tautológico, ya que se nos dice que se entenderá que incurre en cesión a aquellos que realicen una cesión de trabajadores. Sí resulta ya evidente la necesidad de unificar la terminología relativa a esta institución, ya que la misma actividad es referida indistintamente como «ceder» y «poner a disposición» trabajadores dentro de un mismo precepto estatutario.

En los otros tres casos se trata de indicios acuñados por la jurisprudencia laboral para identificar una práctica como de cesión ilegal; en realidad, todos ellos estarían englobados en el primer supuesto señalado en el Acuerdo. De esta manera, si hay puesta a disposición, por ejemplo, automáticamente la empresa cedente no podría ejercer las funciones inherentes a su condición de empresario; este cuarto supuesto sería la consecuencia de la presencia del primero de ellos ⁴⁷.

⁴⁷ Hemos de reconocer que la jurisprudencia del TS resulta más clarificadora y sistemática en la enumeración de los supuestos que actuarán como indicios de la existencia de una cesión ilegal encubierta bajo la forma de contrata o subcontrata. Si atendemos, por ejemplo, a la enumeración recogida en la STS de 17 de julio de 1993, citada en toda la jurisprudencia posterior sobre el tema, cinco deben ser los criterios para identificar la contrata real y descartar la existencia de una cesión ilegal: a) disponer de una organización con existencia autónoma o independiente, b) contar con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad —estos podrían identificarse con el supuesto tercero de la ley— c) desarrollar una actividad lícita, propia y específica, que se diferencie de la de la empresa principal, aunque complementaria y de colaboración con aquella —éste sería el segundo supuesto—; d) organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo el contratista las funciones inherentes a la condición de empresario —coincidiendo

5. CONCLUSIÓN: LA REFORMA PENDIENTE

Hablar de una reforma es, parece obvio, hablar de los cambios que se han hecho; pero con ésta, a la que apellidamos «de 2006», quizás las cosas no sean tan claras, especialmente en el tema que nos ocupa, el de la descentralización productiva. Porque con este tema hablar de lo que el RDL 5/2006 hace no basta, y ello por varias razones. La primera, que nos enfrentamos a un de los grandes temas del Derecho del Trabajo de la década, un desafío importante al que este RDL no da respuesta, y que desde luego demanda de intervenciones legislativas mucho más intensas y extensas. La segunda, que los aspectos relacionados con esta forma de organizar la producción tuvieron un gran protagonismo durante el proceso de negociaciones que llevó a la firma del AMCE y a su desarrollo legislativo posterior, protagonismo que sin embargo no se ha visto reflejado en su integridad en las medidas finalmente adoptadas. Mucho de lo propuesto por los interlocutores sociales y por el Gobierno ha sido desdeñado para poder llegar al acuerdo final; como también el diagnóstico del Grupo de Expertos para el Diálogo Social, certero en esta materia como en otras, no se ha traducido en actuaciones normativas.

Falta mucho por hacer en materia de descentralización productiva, mucho que ordenar y mucho que solucionar. Y en los dos últimos años, con ocasión del desarrollo del diálogo social ahora culminado, hemos visto de lo uno de lo otro, junto con propuestas de solución interesantes que no deberán caer en saco roto. Hay, pues, una reforma pendiente en este campo, y es aventurado indicar cuándo o cómo se producirá. Todo lo más podemos indicar algunos de los temas a incluir en esta agenda.

Para empezar, el caos en que se ha convertido el artículo 42 ET debe ser corregido, replanteándose la sucesiva división en supuestos según se trate de propia actividad o no, que compartan o no centro de trabajo, que se sea o no padre de familia... Es precisa una regulación más completa e incisiva, pero también más clara y fácil de aplicar.

La empresa de servicio debe ser objeto de una regulación específica; hasta ahora se ha intentado mantener su prohibición, y asegurar la vigencia de ésta mediante una nueva redacción del artículo 43 ET que, sin citarla, se ha diseñado a la medida de este fenómeno. Cuando nos encontramos ante

con el cuarto supuesto legal; y e) asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial —que no se encuentra recogido entre los supuestos legales, aunque se podría considerar la consecuencia de los anteriores—. Como vemos las diferencias entre el desarrollo en la jurisprudencia de los indicios y la redacción final de la norma son evidentes.



una realidad mucho más compleja, de la que estas empresas no son más que una manifestación. No se trata tan sólo de desarrollar una competencia desleal a las ETT, o de volver a prácticas antiguas de fraude en la contratación laboral. Las empresas demandan servicios que no son los tradicionales, y cuya base material y organizativa no es la de siempre. La distinción cesión-contrata, entre la legalidad del artículo 42 ET y la ilegalidad del 43, nunca ha sido fácil y en este contexto se torna más complicada si cabe. Mejor sería plantear una ordenación de las empresas multiservicios, que permitiera a la vez responder a las demandas empresariales asegurando un nivel adecuado de garantías para los trabajadores. Esta regulación podría inspirarse en la regulación vigente para las ETT, en aspectos esenciales como el de equiparación salarial. Otra posibilidad, discutida a lo largo del actual proceso de reforma laboral, es la de atribuir a las ETT la posibilidad de prestar aquellos servicios empresariales más próximos a la mera puesta a disposición de trabajadores.

Las diversas formas de externalización productiva deben ser analizadas desde la perspectiva de la calidad en el empleo⁴⁸. Este factor, objetivo central para las organizaciones sindicales durante toda la negociación, quedó prácticamente excluido de su producto final, el AMCE. En este contexto no debe confundirse «transparencia» —el objetivo declarado del AMCE— con «calidad» en los procesos de externalización productiva. Hay que analizar los efectos de la subcontratación en el tipo de empleo que está generando nuestra economía, y actuar en consecuencia, limitando su hoy evidente papel precarizador con medidas adecuadas.

Este análisis debe incluir también al trabajo autónomo, que en estos momentos se ha convertido en un instrumento más para las estrategias externalizadoras de las empresas. Las condiciones económicas y de empleo de los trabajadores autónomos deben ser puestas entre las prioridades a la hora de regular la colaboración entre organizaciones productivas. No podemos olvidar que el estatuto del trabajador autónomo va a ser también, al menos en parte, el estatuto del pequeño contratista.

El RDL 5/2006 ha dejado de lado a las ETT, habiendo sido éstas objeto de atención durante todo el proceso de reforma. Su diseño actual como empresas suministradoras exclusivamente de trabajo temporal no tiene sentido cuando el mismo Gobierno está planteando la admisión de otras actividades en el mercado de trabajo, como la colocación lucrativa y la recolocación,

⁴⁸ Aplicando así la técnica de transversalidad defendida en el *Libro Blanco sobre la calidad en el empleo en Andalucía, Monografías de Temas Laborales*, Sevilla, 2005, passim. Para la construcción del concepto, véase la Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «Políticas sociales y de empleo - Un marco para invertir en la calidad» (COM (2001) 313 final, de 20 de junio de 2001).



que serán desarrolladas por empresas privadas con ánimo de lucro. Si se eliminara la actual obligación de actividad exclusiva a ETT podría ampliar el ámbito de sus operaciones en una doble dirección: como suministradora de servicios, asumiendo aquellas subcontrataciones de solo o principalmente mano de obra; y como operadora en el mercado de trabajo, desarrollando las nuevas actividades que se prevé legalizar. Con ello se produciría, también, el paso a una nueva concepción de estas empresas⁴⁹, de agentes del trabajo temporal a proveedoras de servicios integrales en el campo del mercado de trabajo y de los recursos humanos⁵⁰.

Terminamos reiterando lo que antes dijimos: el proceso de diálogo social de los años 2005-2006 fue, entre otras cosas, una propuesta de reordenación en profundidad del régimen jurídico de los aspectos laborales de la descentralización productiva; la reforma de 2006, sin embargo, no lo ha sido, y esta reordenación sigue pendiente.

⁴⁹ Existe incluso una propuesta de reconvertir las ETT en otro tipo de sujetos, denominados «agencias de empleo» que asumirían otras funciones relacionadas con los recursos humanos y el mercado de trabajo, al margen de la puesta a disposición de trabajadores.

⁵⁰ Un análisis de estas nuevas construcciones en J. DENYS, «Challenges for temporary agency work in the information society», *Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 50, 2004, págs. 7 ss. De gran interés resulta también el informe de la patronal CIETT, *Orchestrating the Evolution of Private Employment Agencies towards a stronger society*, Bruselas, 2000; también M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «El nuevo papel de las empresas de trabajo temporal en España», en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (coord.), *Diez años de Empresas de Trabajo Temporal en España, Monografías de Temas Laborales*, Sevilla, 2004.



PROTECCIÓN Y PRESTACIONES SOCIALES EN LA REFORMA LABORAL: DESEMPLEO Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

EXTRACTO

El Acuerdo de 9 de mayo de 2006 y el RDL 5/2006, de 9 de junio, que la ha articulado, ambos bajo la invocación de la mejora del crecimiento y del empleo, han supuesto modificaciones en materia de protección por desempleo y de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

Tanto en uno como en otro caso, las reformas no son de particular relevancia, limitándose las primeras a mejorar la protección por desempleo de algunos colectivos particulares, como es el caso de los trabajadores fijos discontinuos y los mayores de 45 años.

Por lo que se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, la situación financiera excedentaria del Fondo ha permitido la mejora de sus prestaciones mediante la ampliación de los supuestos protegidos y la elevación de las cuantías máximas por las que el Fondo ha de responder.

Dada la caracterización de la reforma en esta materia, el trabajo analiza las que se han producido en los dos ámbitos, desgranando, en cada uno de ellos, los aspectos concretos de las modificaciones.

Así, en cuanto al desempleo, se considera el alcance de las mejoras según cada colectivo afectado.

Por lo que se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía, se consideran, de forma particularizada, las mejoras introducidas en relación con la ampliación de supuestos tutelados en materia de indemnizaciones debidas por extinción del contrato y respecto de la elevación de los topes máximos de responsabilidad del Fondo.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES
2. LA REFORMA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO
 - 2.1. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años: eliminación de obstáculos para el acceso al subsidio
 - 2.2. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la generalización de la tutela particular de estos trabajadores y la ampliación de las posibilidades de acceso al subsidio especial para mayores de 45 años
 - 2.2.1. La equiparación a efectos del desempleo de los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos
 - 2.2.2. El subsidio especial de los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años
 - 2.2.3. El menor coste para los trabajadores fijos discontinuos del derecho de opción entre prestaciones
 - 2.3. La ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la protección por desempleo: los socios trabajadores de cooperativas
 - 2.4. Previsiones del Acuerdo en materia de desempleo no articuladas normativamente
3. LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL
 - 3.1. La ampliación de los supuestos extintivos contractuales frente a los que debe responder el Fondo de Garantía Salarial: las indemnizaciones derivadas de tales situaciones
 - 3.2. El incremento de la cuantía de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial: la elevación de los topes
 - 3.3. La ampliación de los títulos o documentos que fundan la reclamación
4. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como en la mayoría de los acuerdos sobre mercado de trabajo o empleo, el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 (denominado, como se sabe, «para la mejora del crecimiento y del empleo») contiene referencias a la regulación de las prestaciones por desempleo; o a lo que se califica normalmente como políticas pasivas de empleo. Las menciones del Acuerdo a la protección por desempleo se han trasladado (no íntegramente, aunque esta circunstancia no es inhabitual en estos procesos de concertación social) a los arts. 15 y 16 del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (RDL 5/2006, en adelante), que reforman parcialmente los arts. 208.1 y 215.1 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, LGSS) y el RD 1043/1985, de 19 de junio, por el que se regula la protección por desempleo a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

Puesto que este es el significado de las reformas en materia de desempleo, hay que avanzar que, inevitablemente, el alcance de las mismas es muy limitado. No hay otro posible calificativo para unas modificaciones que están ordenadas a mejorar parcialmente la protección por desempleo de los

trabajadores fijos discontinuos y de los trabajadores mayores de 45 años, así como a extender la tutela a los socios temporales de cooperativas de trabajo, hasta el momento excluidos de la misma. Desde luego, el RDL 5/2006 no podrá caracterizarse por los cambios que ha introducido en el desempleo, en relación con el cual ha supuesto innovaciones más relevantes el recientemente aprobado RD 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, reglamento general de la protección por desempleo y, con todas las matizaciones que sean pertinentes ya que se trata de una norma previa a la introducción del Título III en la LGSS, disposición reglamentaria de desarrollo de dicho Título III de la LGSS. En efecto, el RD 200/2006 ha regulado desde cuestiones procedimentales y de gestión del desempleo hasta la cuantía de la prestación, pasando por aspectos relativos a la incompatibilidad entre prestación y trabajo, la suspensión de la prestación, o, en fin, el mecanismo de determinación de las rentas o recursos en relación con el cumplimiento del requisito de carencia para acceder al subsidio de desempleo. Frente a estos cambios de relevancia, el RDL 5/2006 aparece como una norma menor, concentrada en la mejora del desempleo para muy determinados colectivos; como se ha dicho, fijos discontinuos, mayores de 45 años y cooperativistas.

Algo semejante, aunque no obstante de mayor entidad, sucede con lo relacionado con las prestaciones del FOGASA. Tanto el Acuerdo como el Preámbulo del RDL 5/2006 subrayan que el propósito de las reformas normativas es mejorar la protección de los trabajadores, lo que se logra ampliando los supuestos en los que el trabajador tiene derecho a las prestaciones (en concreto, en lo que hace a las indemnizaciones por fin de contrato), e incrementando la cuantía de las mismas por el expediente de incrementar los topes cuantitativos que determinan el alcance de las obligaciones económicas del FOGASA. La reforma también afecta a aspectos más técnicos o procedimentales, al ampliar la relación de títulos o documentos que puede fundar la reclamación del trabajador al FOGASA. Mejora, pues, de la calidad de las prestaciones, basada no tanto en un objetivo de empleo (al final, esa mejora no hace otra cosa que ampliar el nivel de socialización de deudas empresariales, haciéndolas recaer en mayor medida en el conjunto de los empresarios a través de su cotización al FOGASA), sino justificada en la situación excedentaria del FOGASA, al superar ampliamente los ingresos por cotizaciones empresariales el volumen de las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores.

La mejora de las prestaciones, consecuencia directa de la buena situación financiera del FOGASA, tiene lugar de forma simultánea a la reducción en un cincuenta por cien de las cotizaciones empresariales. Para lo que el art. 11 del RDL 5/2006 modifica, con efectos desde el 1 de julio de 2006, el número 2 del apartado Nueve del art. 110 de la Ley 30/2005, de 29 de

diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, reduciendo el tipo de cotización del 0.40 a 0.20. En cuanto a la mejora sustantiva o material de las prestaciones, el art. 12 del RDL 5/2006 modifica distintos apartados del art. 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET, en adelante), dedicado precisamente a regular el FOGASA. Por último, el RDL 5/2006 incluye, respecto del FOGASA, una disposición un tanto imprecisa (la disposición adicional cuarta) donde se establece que «las modificaciones futuras del tipo de cotización y en la cuantía de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial estarán determinadas por la situación del excedente financiero del mismo»; y también que dicho excedente financiero «podrá utilizarse como fondo de estabilización para la financiación de las necesidades anuales del organismo». Todo lo cual, finaliza la disposición que se comenta, habrá de hacerse «previa consulta a su Consejo Rector».

La exigencia de consulta previa al Consejo Rector que prevé la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 es una evidente expresión del fomento de la participación institucional. En la medida en que el Consejo Rector, regulado por el art. 5 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, es el órgano colegiado de dirección del FOGASA donde están presentes, además de la Administración Pública, representantes de sindicatos y organizaciones empresariales más representativas. Pues bien, dicho Consejo Rector, según el art. 6 del citado RD 505/1985, tiene una serie de funciones referidas a la elaboración de criterios de actuación del FOGASA, a proponer al Gobierno las medidas que considere adecuadas para el cumplimiento de sus fines en razón de la evolución económica del organismo, y a aprobar la memoria anual y el anteproyecto de presupuestos y su liquidación anual. La disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 viene, pues, a atribuirle, expresa y particularmente, nuevas competencias como las de dictaminar previamente acerca del posible cambio del tipo de cotización y de la modificación de la cuantía de las prestaciones, así como en relación con el uso de los excedentes financieros como fondo de estabilización. Quizás estas competencias del Consejo Rector ya pudieran considerarse incluidas en las generales previstas en el art. 6 del RD 505/1985, pero la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 ha venido, como se ha dicho, a precisarlas y, sobre todo, a exigir el dictamen previo del Consejo Rector antes de que el órgano habilitado para ello tome la decisión oportuna.

Pero la disposición adicional cuarta no resuelve quién puede tomar las decisiones respecto de las modificaciones de los tipos de cotización y de la mejora de la cuantía de las prestaciones. Y no parece que corresponda al Gobierno, salvo que el propósito de la mentada disposición adicional cuarta haya sido la de deslegalizar estas materias, introduciendo una habilitación

genérica al Gobierno; lo que, desde luego, no hace expresamente. Y que es dudoso que pueda realizar respecto de ciertas materias como es la de la modificación del tipo de cotización; que, por cierto, no necesariamente ha de ser en un sentido reductivo, sino también de incremento, ya que la disposición adicional cuarta se refiere a estas posibilidades bajo la denominación genérica de «modificaciones futuras». Una convicción la expresada que tiene su origen en el hecho de que el tipo de cotización se fija, por exigencia constitucional, en un instrumento legal como es la Ley de Presupuestos Generales de cada año.

En consecuencia, excluido que el cambio del tipo de cotización haya sido atribuido al Gobierno (quedando en manos, pues, del legislador a través del instrumento legal, entendido en sentido estricto), sólo restarían las modificaciones de la cuantía del FOGASA, que tampoco han de ser inevitablemente en sentido positivo o de incremento porque tampoco la disposición adicional cuarta concreta nada, salvo que esas cuantías estarán determinadas, en cualquier dirección, «por la situación del excedente financiero» del FOGASA. Una modificación de cuantías que, dada la técnica normativa usada por el RDL 5/2006 como es la de alterar la redacción del ET, difícilmente podrá estar tampoco en manos del Gobierno, siempre que dichos cambios signifiquen una nueva modificación del art. 33 del ET. En consecuencia, hay que concluir que la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 no tiene otro alcance que el de reforzar la participación institucional, estableciendo además algo que no tiene por qué condicionar al legislador posterior; esto es, que las modificaciones de tipos y cuantías han de tener en cuenta la situación financiera del FOGASA. Lo que, no obstante su obviedad, puede ser perfectamente ignorado por decisiones legales futuras de modificación del ET o contenidas en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales anuales.

Establecido con carácter general el alcance de los cambios introducidos por el RDL 5/2006 en relación las prestaciones por desempleo y del FOGASA, procede a continuación analizarlos con más detalle y de forma separada.

2. LAS REFORMAS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Como se ha indicado antes, el RDL 5/2006 reforma la prestación por desempleo introduciendo medidas de mejora respecto de determinados colectivos; en concreto, los trabajadores mayores de 45 años, los trabajadores fijos discontinuos y los cooperativistas. Por otra parte, el RDL 5/2006 no recoge, aunque sí el Acuerdo, referencias alguna a ciertas reglas en materias de opción entre prestaciones por desempleo cuando se genera un nuevo

derecho y no se ha agotado el anterior, así como tampoco menciones a la Renta Activa de Inserción (RAI) y al sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, abordado por un Acuerdo de 15 de diciembre de 2005. Todos estos temas se tratarán a continuación, comenzando por aquellos que sí se han recibido en el texto del RDL 5/2006.

2.1. **La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años: eliminación de obstáculos para el acceso al subsidio**

Como puede adivinarse dado el alcance descrito del RDL 5/2006, la mejora en cuestión no es en modo alguno general; por el contrario, se reduce a eliminar un requisito para el acceso al subsidio por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años, permitiéndoles disfrutar de dicha prestación con mayor facilidad y menores obstáculos. Huelga insistir en el dato de que la protección por desempleo del sistema español de Seguridad Social se articula en dos niveles (tres, si se tiene en cuenta también la RAI, como más adelante se analizará): el contributivo y el asistencial (art. 206.1 LGSS). Un nivel asistencial que, en la mayoría de los casos (salvo los supuestos de emigrantes retornados, liberados de prisión o incapacitados permanentes cuyo grado de incapacidad se revisa, art. 215.1, letras c), d) y e) LGSS), es una continuación o prolongación del contributivo. En el sentido de que, para acceder al nivel asistencial, es preciso haber disfrutado y agotado la prestación contributiva que le precede. Así lo exige el art. 215.1 letras a) y b) LGSS.

Pues bien, en la versión anterior de la LGSS, el acceso al subsidio por desempleo estaba abierto, y aun lo está, de forma más amplia a los trabajadores, al margen de la edad, que, además de haber agotado la prestación por desempleo (de cualquier duración) y de carecer de rentas superiores a un cierto porcentaje del SMI (un requisito general éste de la carencia de recursos de las prestaciones asistenciales), tuvieran responsabilidades familiares (art. 215.1.1, a) LGSS y arts. 7 y 18 del RD 625/1985). Sólo excepcionalmente se facultaba el acceso al subsidio sin tener responsabilidades familiares a los trabajadores que (además de los requisitos comunes de carecer de rentas suficientes y haber agotado la prestación por desempleo) fueran mayores de 45 años en el momento del agotamiento de la prestación contributiva. Sólo que, en contrapartida, el art. 215.1, b) LGSS exigía, a diferencia de la situación anterior, que el desempleo contributivo previo hubiera tenido una duración mínima de 360 días. Lo que, según la escala que relaciona tiempo de cotización previo y duración de la prestación contributiva por desempleo, contenida en el art. 210 LGSS, requería un tiempo mí-

nimo de cotización de 1080 días, esto es, tres años de trabajo y de cotización previos al desempleo.

Pues bien, lo que el RDL 5/2006 elimina es este requisito de prestación contributiva mínima previa. De forma que el mayor de 45 años podrá acceder al subsidio de desempleo del art. 215.1 LGSS, aunque no tenga cargas familiares, y siempre que haya disfrutado de una prestación contributiva anterior de cualquier duración, a partir de la mínima de 120 días (lo que corresponde a un año de trabajo y de cotización anterior al desempleo). Una prestación que tendrá una duración de sólo 6 meses improrrogables (art. 216.2 LGSS). A diferencia del subsidio de desempleo que se obtiene cuando se tienen cargas familiares (el establecido en el art. 215.1,a) LGSS), que tiene una duración mínima de seis meses sólo para los trabajadores menores de 45 años que no hayan disfrutado de una prestación contributiva mínima de 180 días (lo que corresponde a su vez a un mínimo dieciocho meses de trabajo y cotización previos), es decir, que sólo lo hayan hecho de una prestación de 120 días (que corresponde a un trabajo y cotización anteriores entre 12 y 18 meses). Pero si el trabajador es mayor de 45 años, la duración del subsidio será de 24 meses si el trabajador ha disfrutado de la prestación contributiva mínima de 120 días (lo que significa un año de trabajo y cotización previos); una duración que se alargará a los 30 meses si el tiempo previo de trabajo y cotización del trabajador mayor de 45 años es, al menos, de 18 meses y la prestación contributiva ha sido de al menos 180 días.

En conclusión, la eliminación del requisito de 360 días de prestación contributiva previa ha abierto la puerta al disfrute del subsidio por desempleo específico para los mayores de 45 años (es verdad de sólo 6 meses de duración) cuando esos mayores no tienen cargas familiares. De forma que, al final, el mayor de 45 años sin cargas está tratado como un trabajador de menos de esa edad, con una prestación contributiva mínima de 120 días, pero al que se le exige, como ya no sucede con los mayores de 45 años, la existencia de carga familiar. Y en ambos casos, la duración del subsidio será de 6 meses. Lo que la reforma no introduce es que el mayor de 45 años que efectivamente haya logrado una prestación contributiva más amplia se beneficie de la escala de duración del subsidio hasta los 30 meses que prevé el art. 216 de la LGSS para el supuesto general del subsidio con cargas familiares.

La escasez de la prestación atenúa el impacto protector de la supresión del requisito de los 360 días de prestación contributiva previa y sigue haciendo situación privilegiada desde el punto de vista de la tutela la de tener cargas familiares; lo que, cuando se une a la edad superior a los 45 años, garantiza un mínimo de prestación de 24 meses que se pueden prorrogar hasta los 30 meses. Una diferencia de duración muy relevante ya que el subsidio general puede multiplicar por 5 el tiempo de prestación asistencial y que

quizás no se justifique. La reforma, no obstante, es limitada porque, en realidad, no recompone el cuadro de la protección por desempleo de los mayores de 45 años, ciñéndose a eliminar un requisito, un tanto excesivo, de una de las prestaciones de menor entidad temporal, y manteniendo la reserva de las prestaciones asistenciales de más duración a quienes tienen cargas familiares y que si, además, tienen 45 años, pueden lograr duraciones de hasta 30 meses. En cambio, el trabajador de esta edad, si carece de cargas familiares, sólo podrá alcanzar, como se ha repetido, un subsidio de seis meses, cuyo acceso ahora se facilita.

2.2. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la generalización de la tutela particular de estos trabajadores y la ampliación de las posibilidades de acceso al subsidio especial para mayores de 45 años

2.2.1. *La equiparación a efectos del desempleo de los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos*

De las dos reformas del RDL 5/2006 que afectan a la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, la primera de ellas es de carácter general ya que modifica las previsiones del art. 208 LGSS destinado, como se sabe, a la definición de la situación legal de desempleo y a establecer el elenco de las situaciones que la configuran normativamente, como condición inexcusable para acceder a la prestación. Más concretamente, el apartado 1.4 de dicho artículo establecía, y establece aún, que «se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos (...) en los periodos de inactividad productiva». De forma que, a efectos del desempleo, los trabajadores fijos discontinuos se consideran en situación legal de desempleo, pese a no haber perdido su trabajo, en los periodos intermedios entre una fase de actividad y otra. Tiempos de inactividad reiterados y recurrentes que, justamente, caracterizan la prestación laboral del fijo discontinuo; sometido a un ritmo continuo de fases de actividad e inactividad laboral, no obstante la permanencia y la fijeza de la relación contractual.

Lo peculiar, pues, de esta situación legal de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos es que, sin haberse extinguido el contrato de trabajo, se consideran tales los periodos de inactividad productiva, normalmente con una cadencia anual, que tienen lugar en el desarrollo normal del contrato. No es que este tratamiento de los periodos de inactividad asimilándolos al desempleo, no obstante siga vigente el contrato de trabajo, sea particularmente llamativo; algo similar sucede en el caso de la prestación por desem-

pleo por suspensión del contrato o por reducción de la jornada (art. 208, apartados 2 y 3 LGSS). Sin embargo, en los casos de suspensión y de reducción, este acontecimiento constituye una incidencia excepcional del desarrollo del contrato, inicialmente previsto para un desempeño continuado o a tiempo completo; lo que no sucede con los periodos de inactividad del trabajo de temporada que forman parte del diseño de la actividad e integran la naturaleza misma de este tipo de relación contractual laboral. Con lo anterior no se quiere expresar discrepancias en relación con la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. Sólo subrayar que se trata de una tutela reforzada para trabajadores, que puede que ciertamente no tengan otras expectativas de empleo (de acuerdo con su capacidad, su formación y el sector de actividad al que se dedican) que las que les ofrece el trabajo fijo discontinuo; pero que también pueden combinar sin dificultad, dada la previsibilidad del trabajo fijo discontinuo, desempeños profesionales discontinuos combinados con otros trabajos, sean estos a su vez discontinuos o no, a desarrollar en esos periodos de inactividad. En todo caso, es obvio que la tutela sólo se ofrece a quienes no encuentran trabajo en esos periodos de inactividad productiva.

Pues bien, en relación con este tema, el RDL 5/2006 ha modificado el art. 208.1, apartado 4, en un doble sentido. De una parte, precisando que los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos constituyen una situación legal de desempleo respecto de todos los trabajadores fijos discontinuos, tanto los regulares (es decir, los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas), como los irregulares (esto es, los que hagan trabajos fijos y periódicos pero que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa). De otra parte, estableciendo, con rango legal, que las referencias del Título III de la LGSS (dedicado como se sabe al desempleo) y de su normativa de desarrollo (el RD 625/1985, sobre todo, pero no únicamente) a los fijos discontinuos incluyen a ambos tipos de trabajadores fijos discontinuos. De forma que, a partir del RDL 5/2006, no ofrece duda alguna que el tratamiento en materia de desempleo destinado a los trabajadores fijos discontinuos no se limita a los que aparecen nominalmente como tales en el art. 15.8 del ET, sino también a los fijos discontinuos regulares que, laboralmente, se contemplan en el art. 12 del ET, al amparo de la regulación prevista para los trabajadores a tiempo parcial. Lo que los trabajadores fijos discontinuos pueden ser, desde luego, si se utiliza la amplia definición de trabajo a tiempo parcial del art. 12.1 ET que permite fijar la parcialidad del trabajo en la relación entre días trabajados dentro de un año completo, que es el resultado final de todo trabajo fijo discontinuo: trabajar, en el arco temporal de un año, un periodo inferior de tiempo que está siempre acompañado de espacios de inactividad.

Sentado el rango legal y el alcance normativo de la equiparación, conviene volver sobre el sentido de la misma. Se trata de eliminar de forma definitiva las dudas en materia de protección por desempleo que pudo suscitar en su momento esa identificación de un tipo de fijo discontinuo (el regular o cíclico) con el trabajo a tiempo parcial. Fundamentalmente porque el trabajador a tiempo parcial no se considera en situación legal de desempleo durante los días, semanas o meses en los que no realiza trabajo alguno: desde el punto de vista del desempleo ese es un tiempo de no actividad no protegible. Por lo que los trabajadores en esa situación no tienen derecho al desempleo, pese a tratarse de momentos en los que no se trabaja como consecuencia directa de la parcialidad del empleo. Por este motivo, equiparar normativamente ciertos fijos discontinuos al trabajo a tiempo parcial suscitó en su momento las dudas expuestas. Las provocó, en su origen, el RDL 5/2001, de 2 de marzo, que extrajo de la regulación del trabajo a tiempo parcial sólo a los fijos discontinuos irregulares (creando el apartado 8 del art. 15 ET) y luego las confirmó el RDL 5/2002, de 24 de mayo, al reconocer como situación legal de desempleo sólo la de los trabajadores fijos discontinuos irregulares del art. 15.8 ET; dejando sin protección por desempleo a todo trabajo a tiempo parcial, lo que podían entenderse que abarcaba la situación de los fijos discontinuos regulares.

Esta desprotección, no obstante, nunca fue clara sino todo lo contrario. En efecto, ya la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que modificó el art. 208.1 de la LGSS, establecía como situación legal de desempleo de los fijos discontinuos los periodos de inactividad productiva, sin diferenciar directamente entre un tipo u otro de fijo discontinuo. Una consecuencia semejante podía derivarse, además, del tenor de la disposición adicional cuarta de la misma Ley 45/2002. Sin contar con que la remisión reglamentaria al art. 1.5 del RD 625/1985 también se traducía en una ausencia de distinción entre los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos en relación con la protección por desempleo. En todo caso, la imprecisión normativa y la inestabilidad acerca de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos regulares ha desaparecido ya de forma definitiva con la nueva redacción del art. 208.1.4 LGSS por el RDL 5/2006.

Lo que sucede es que esa equiparación ni ha resuelto todos los problemas en materia de desempleo de actividades laborales irregulares en cuanto a su distribución en el tiempo, ni ha abordado situaciones de intermitencia de la prestación laboral que se alejan del estándar de los trabajadores fijos discontinuos, ya sean regulares o irregulares (sobre estas cuestiones, de forma amplia, S. de Soto Rioja. «Una reforma de ajuste en las prestaciones por desempleo», en La reforma laboral de 2006, Lex Nova, 2006, págs. 208-213). Fundamentalmente por la dificultad de diferenciar a los trabajadores fijos discontinuos de otras formas de trabajo intermitente a tiempo parcial;

sobre todo partiendo del dato de que, ni en la norma laboral ni en la de Seguridad Social, hay una definición más precisa desde el punto de vista temporal del trabajador fijo discontinuo. Como lo sería aquella que fijara un mínimo de duración del trabajo a lo largo del año de referencia; o que exigiera igualmente una duración mínima a las interrupciones de la actividad; o que demandara que el trabajo fijo discontinuo se prestara, en los tiempos de actividad, de forma continuada o a tiempo completo; o que circunscribiera la noción de fijo discontinuo a determinadas actividades caracterizadas por otros rasgos, además, del hecho de ser tareas que se repiten cíclicamente dentro del volumen normal del trabajo en la empresa. Nada de esto hay por lo que cabe la duda de si, por ejemplo, puede considerarse un trabajo fijo discontinuo el que tiene varias interrupciones a lo largo del año, repartiéndose, aunque sea de forma irregular, los tiempos de actividad por periodos que puede abarcar semanas o meses. O si existe protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos que trabajan y dejan de hacerlo por periodos más o menos amplios dentro de la temporada.

Sin que acabe de solucionarlas reformas como la contenida en el RD 200/2006 que, como se dijo antes, ha modificado algunos artículos del RD 625/1985. En concreto añadiendo dos apartados al art. 13, respecto de lo que llama «solicitud agrupada de reanudación de las prestaciones por desempleo» de los trabajadores fijos discontinuos (y también de los que vean reducida su jornada, o suspendida la relación laboral por expediente de regulación de empleo, o se trate de trabajadores que trabajen para una misma empresa o en un mismo sector de actividad con sucesivos contratos temporales dentro del mes), «cuando dentro del mes tengan diversos periodos de actividad e inactividad». Al margen de su repercusión procedimental, lo que la solicitud agrupada significa es que los trabajadores fijos discontinuos también tendrán derecho a la prestación por desempleo cuando, dentro de un mes (en el que tiene lugar su actividad de fijo discontinuo, no en los periodos estrictos de inactividad productiva), hay periodos de actividad o inactividad. Por lo que el fijo discontinuo vendrá tratado, también en estas circunstancias, no como un trabajador fijo discontinuo a tiempo parcial (por tanto, sin derecho a la prestación por desempleo en los periodos de actividad, salvo que pierda el trabajo), sino como un trabajador que ha visto reducida su jornada o suspendido su contrato o, en el caso de los temporales, extinguidos los contratos de trabajo de forma sucesiva. Una tutela privilegiada que parece confirmar para los trabajadores fijos discontinuos la idea de que todas las deficiencias de ocupación (sean los periodos propios de inactividad; sean las inactividades intermitentes en los periodos de actividad) sean cubiertas por el desempleo; lo que no parece, sin embargo, que pudiera ser ampliable a la totalidad de los trabajos a tiempo parcial (en este sentido, de Soto Rioja, cit., pág. 213). De aquí los problemas de delimitación que el RDL 5/2006 no soluciona.

2.2.2. *El subsidio especial de los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años*

Todavía en relación con los fijos discontinuos, pero ahora mayores de 45 años, el RDL 5/2006 introduce una regla particular respecto del subsidio especial para trabajadores mayores de 45 años previsto en el art. 215.1.4 LGSS. Ya se sabe que estos trabajadores, si tienen cargas familiares, pueden tener derecho a un subsidio de desempleo que puede alcanzar una duración de hasta 30 meses; alternatively, aunque carezcan de responsabilidades familiares, tienen derecho a un subsidio de desempleo, ya analizado antes, de seis meses de duración. Además de estos dos subsidios alternativos, y con carácter previo a cualquiera de ellos, los desempleados mayores de 45 años podrán tener derecho a un subsidio especial, también de una duración de seis meses, siempre que el derecho a la prestación previa contributiva de desempleo que hubieran disfrutado hubiera durado el máximo, esto es, 720 días. Así lo establece el art. 215.1.4 LGSS.

Pues bien, la reforma del RDL 5/2006 consiste en añadir al art. 215.1.4 un segundo párrafo, dedicado a los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años. De forma que pueden acceder a este subsidio especial de seis meses en los supuestos de pérdida del empleo siempre que, en vez de los 720 días de prestación contributiva, hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de 9 años a lo largo de su vida laboral y hayan agotado un derecho a la prestación contributiva por desempleo de cualquier duración. Esta exigencia de un tiempo laboral mínimo como fijo discontinuo, sustituye pues a los dos años de prestación contributiva. En consecuencia, con 9 años de ocupación cotizada como fijos discontinuos y con una prestación por desempleo agotada, incluso antes de la extinción de la relación laboral (porque puede no haber generado una nueva y percibir, en los periodos de inactividad, un subsidio particular previsto para los fijos discontinuos siempre que no se haya producido la extinción del contrato de trabajo), el trabajador fijo discontinuo mayor de 45 años tendrá derecho a este subsidio especial antes de acceder a alguno de los dos subsidios comunes, según tenga o no cargas familiares. En definitiva, un cambio del requisito de los 720 días de prestación por desempleo contributivo (el máximo, muy difícil de obtener por un trabajador fijo discontinuo dada la singularidad de su forma de trabajo) por el, más extendido en el tiempo y posiblemente más fácil de cumplir, de los 9 años de vida activa como fijo discontinuo.

Aunque esta mejora no deja de plantear problemas aplicativos que pueden hacer dudar incluso de su carácter beneficioso para los trabajadores fijos discontinuos (en este sentido, de Soto Rioja, cit. págs. 214-216). Basta referirse para certificarlo al hecho de que el tiempo de cotización que se exige es mayor: 9 años frente a los 6 años que generarían los 720 días de



prestación. Aunque es cierto que para los primeros se tiene en cuenta la totalidad de la vida laboral, mientras que para los segundos sólo se toman los seis años anteriores al momento de la pérdida del empleo o al tiempo que transcurre desde el agotamiento de la última prestación por desempleo (art. 207 LGSS). Por otra parte, y salvo trabajadores dedicados de forma permanente a la actividad fija discontinua, resulta difícil reunir esos 9 años de cotización como fijo discontinuo a lo largo de toda la vida laboral, aunque ya se tengan 45 años; basta pensar que en un trabajo fijo discontinuo que durara seis meses cada año, un trabajador necesitaría 18 años para cumplir el requisito. Por último, el cambio de requisito genera el problema de la prueba de la naturaleza del trabajo y la necesidad de su identificación a posteriori como fijo discontinuo; lo que, sin duda, planteará muchas dificultades a trabajadores que han de remontarse tanto tiempo atrás en su vida laboral.

2.2.3. El menor coste para los trabajadores fijos discontinuos del derecho de opción entre prestaciones

La atención del Acuerdo hacia los trabajadores fijos discontinuos no se agota en las anteriores mejoras, sino que también pretende introducir una regla de favor en materia del derecho de opción entre prestaciones. Según el art. 210.3 de la LGSS, la prestación contributiva por desempleo de un trabajador se extingue porque el titular del derecho realice un trabajo de una duración igual o superior a los doce meses; mientras que, si la duración del trabajo es menor, la prestación sólo se suspende, pudiendo reanudarse su percibo. La extinción prevista es lógica porque el período mínimo de trabajo indicado de doce meses es justamente el que da derecho a una nueva prestación por desempleo. No obstante, la LGSS le permite al trabajador que pierda ese segundo empleo elegir entre seguir disfrutando de la prestación por desempleo anterior que se vio interrumpida por el trabajo, o comenzar el disfrute de la nueva prestación originada por el nuevo empleo. La opción tiene sentido en la medida en que es posible que a la prestación de desempleo interrumpida le restara una duración mayor que la generada por el nuevo empleo que ahora se pierde; recuérdese que con un año de trabajo, justo lo que provoca la extinción de la prestación, sólo se tiene derecho a 120 días de prestación. Siendo la opción lógica, no obstante, la LGSS le pone un precio: si se opta por seguir disfrutando la prestación anterior (que de esta forma se revitalizaría), los meses de cotización del último empleo (esto es, lo que el art. 210.3 LGSS califica como «las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado») no pueden computarse para generar un posible futuro nuevo derecho a prestación por desempleo. Son, pues, cotizaciones que se pierden.

Esto es lo que la reforma también quiere cambiar mediante una regla de privilegio, exclusiva para los fijos discontinuos, ya que se acuerda que, si el trabajador fijo discontinuo hubiera optado por reanudar el derecho anterior, «las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior» (regla 5.ª del apartado III.1 del Acuerdo). Esto es, que no se pierden. Sin duda que la razón de ser de esta previsión excepcional está vinculada a la propia inestabilidad del trabajo del fijo discontinuo y a la sucesión inevitable de periodos de actividad e inactividad. Dadas estas características, y en el esquema legal general, el fijo discontinuo se ve abocado a elegir entre una prestación por desempleo no agotada (que le permitiría cubrir con prestaciones los periodos de inactividad) pero sin que los tiempos de actividad intermedios le sirvieran para generar ninguna prestación en el futuro; o una prestación contributiva mínima (los 120 días) que sólo alcanzaría tras dos o tres años de actividad, condenándole a tiempos entre campaña sin protección contributiva, ni asistencial, hasta que no sumara el mínimo de los 360 días de trabajo. Un dilema en ambos casos costoso que la reforma quiere aliviar al permitir al fijo discontinuo agotar su derecho primero a la prestación contributiva e ir, a la vez, acumulando tiempo de cotización para una prestación futura, sin perder ninguna de ellas a efectos de dicho cómputo.

El contenido del citado apartado del Acuerdo no ha encontrado traducción legal en el RDL 5/2006, posiblemente siguiendo el tenor del Acuerdo que, en este punto, parece considerar que no es necesaria ninguna reforma legal y que basta, como el Acuerdo establece, que el Servicio Público de Empleo Estatal adopte las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo acordado. Sin embargo, por muy singular que pueda considerarse la situación de los trabajadores fijos discontinuos, no parece que esta excepción de la regla legal contenida en el art. 210.3 LGSS pueda introducirse simplemente mediante instrucciones técnicas. Por el contrario, al contrariar una regla legal, parece inevitable una reforma expresa de la misma mediante el instrumento normativo adecuado. No se ha hecho y es dudoso que lo establecido en el Acuerdo pueda encontrar aplicación sin dicha modificación legal (en este sentido, de Soto Rioja, cit. pág. 218).

2.3. La ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la protección por desempleo: los socios trabajadores de cooperativas de trabajo

Por lo que hace a los socios trabajadores de cooperativas, la reforma tiene un alcance limitado cual es de ampliar la protección por desempleo a los socios de carácter temporal. Los socios trabajadores ya tenían derecho a

la prestación por desempleo desde el año 1985, al haberse articulado mediante el RD 1043/1985, de 19 de julio, que amplió la protección por desempleo a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. La reforma da cabida ahora a la protección por desempleo de los socios que tengan con la cooperativa un vínculo societario de duración determinada, tratando esta situación de forma semejante a como las normas de desempleo regulan el cese en el trabajo por extinción de un contrato de duración determinada.

A este fin, el art. 16 del RDL 5/2006 incorpora al RD 1043/1985 una letra (la c) en al art. 2.1., una letra (la d) en el art. 3 y modifica el art. 5.1 de dicha norma, con el siguiente resultado. En primer lugar, y lo que es más relevante, la nueva letra c) del art. 2.1 señala expresamente que, junto a otras situaciones legales de desempleo de los trabajadores de cooperativas de trabajo asociado derivadas de la pérdida definitiva de la condición de socio de quien ha permanecido vinculado con la cooperativa de forma permanente, ha de incluirse la situación del socio, vinculado a la cooperativa por una duración determinada, que ve finalizado el periodo de tiempo por el que se acordó dicha vinculación temporal. Un tipo de vínculo temporal que, dentro de ciertos límites, es siempre posible según la normativa que regula las cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio, general de cooperativas), siempre que así se recoja en los estatutos. En segundo lugar, el RDL 5/2006 fija también el modo en que se acredita que el socio trabajador se encuentra en esa nueva situación legal desempleo; y que no es otra forma que mediante la certificación del Consejo Rector donde conste la baja en la cooperativa por la causa de finalización del vínculo temporal y su fecha de efectos (nueva letra d) del art. 3). En tercer lugar, y también en el plano procedimental, el nuevo apartado 1 del art. 5 del RD 1043/1985 establece la obligación de solicitud de la prestación por parte del interesado, y el plazo de quince días para hacerlo a partir de la fecha en que finalizó el periodo al que se limitó el vínculo societario de duración determinada.

Pocas observaciones pueden hacerse a las modificaciones descritas salvo que la protección por desempleo de los socios temporales de la cooperativa sólo será posible si la cooperativa misma ha realizado la opción de integración de sus socios en el Régimen General de la Seguridad Social o en cualquier otro Especial que prevea la protección por desempleo. Y que la reforma no se refiere sólo a los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, como pudiera hacer pensar el título del RD 1043/1985, sino también a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra así como al resto de los socios de trabajo de los demás tipos de sociedades cooperativas, en virtud de la extensión recogida en la disposición final tercera del RD 1043/1985. No así, a los socios de las sociedades laborales (en este sentido, de Soto Rioja, cit. p. 221).

2.4. Previsiones del Acuerdo en materia de desempleo no articuladas normativamente

La primera de ellas se refiere a la Renta Activa de Inserción (RAI) y está recogida en la regla 2.^a del apartado III.1 del Acuerdo. En este punto, la afirmación más importante del Acuerdo es la de configurar la RAI como un derecho subjetivo. Se trata de una precisión muy significativa por cuanto sirve para insertar de modo claro la RAI entre las prestaciones por desempleo, y hacerlo de forma equivalente a como se configuran comúnmente los derechos de prestación en el sistema de Seguridad Social. Para confirmar la existencia de ese derecho subjetivo, el Acuerdo cambia la técnica de aprobación de Programas anuales de RAI, para comprometer una regulación estable o permanente. Lo que significa que la protección dispensada no necesariamente queda sujeta a periodos anuales sino que puede prolongarse más allá, según la duración que se establezca; y que seguramente pierda sentido la prohibición de beneficiarse de la RAI si ya se ha percibido en el año anterior. Así lo establece todavía hoy la norma que la regula.

Aunque las anteriores son previsiones del Acuerdo que deberá recoger, ya se verá cómo, el correspondiente RD de regulación de la RAI, lo cierto es que se mantiene la duración de la prestación en once meses (lo que puede ser incongruente con esa permanencia del derecho de que se hablaba) y que la RAI sigue estando dirigida a colectivos con especiales dificultades de obtener un empleo (mayores de 45 años, desempleados de más de 12 meses, personas sin derecho a prestaciones por desempleo o subsidios de ningún tipo, con rentas inferiores al 75 por 100 del SMI, discapacitados, emigrantes retornados, víctimas de la violencia de género). La única innovación concreta del Acuerdo consiste en establecer la obligación de la entidad gestora de esta prestación de cotizar por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia; de la misma forma como se hace cuando se percibe el subsidio por desempleo. Con lo que esta regla acerca sin duda la RAI a una prestación más del desempleo.

En todo caso, quizás hubiera sido mejor llevar estos cambios, que se pretenden de alcance, al texto de la LGSS, modificando por ejemplo la disposición final quinta de la LGSS, en la medida en que habilita al Gobierno para regular, dentro de la acción protectora del desempleo, la ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción. En la medida en que dicha disposición final quinta no es sólo una norma habilitadora en blanco sino que esa habilitación al Gobierno se realiza para insertar, dentro de la acción protectora por desempleo, la ayuda específica en que consiste la RAI, con dos condicionamientos: que está dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y que quines reciban la ayuda han de asumir el compromiso de realizar acciones que favo-

rezcan su inserción laboral. Pues bien, el Acuerdo podría haber provocado la reforma de la disposición final quinta de la LGSS, insertando más claramente la RAI en el sistema de protección por desempleo, a modo de un tercer escalón o nivel; podría haber condicionado esa habilitación al Gobierno con los nuevos rasgos que pretende que la RAI tenga tales como estabilidad de la regulación y reforzamiento del derecho; y podría igualmente haberse pronunciado por condicionar la regulación futura de dicha RAI con otros rasgos centrales de la prestación que se consolida (por ejemplo: condición de recursos, limitación o ampliación de los colectivos beneficiarios, requisitos centrales para el acceso a la prestación). No ha sido así y el Acuerdo se ha limitado a remitirse a un futuro RD, con pocos condicionantes a la regulación a realizar por el Gobierno salvo la obligación de cotizar durante su percepción de forma equivalente a lo que sucede con el subsidio de desempleo.

La segunda de las previsiones se recoge en la regla 7.^a del apartado III.1 del Acuerdo. También aquí se hace una remisión al Gobierno a quien se ordena mejorar la protección por desempleo de los trabajadores agrarios en los términos del Acuerdo suscrito en relación con este tema el 15 de diciembre de 2005. Es pues un recordatorio de los compromisos ya asumidos y que pueden resumirse en los siguientes rasgos. En primer lugar, se altera la escala que relaciona los días de cotización previa con los de prestación, de forma que se equiparen a los trabajadores comunes que reciben un día de prestación por cada tres cotizados, mientras que para los trabajadores agrarios la proporción es de 1 día de prestación por cada cuatro cotizados. En segundo lugar, se cambia la forma de cálculo del periodo previo de cotización, al multiplicar los días reales de cotización por un determinado coeficiente de mejora, lo que beneficia sobre todo a los trabajadores eventuales. En tercer lugar, llevando al ámbito del desempleo agrario las reglas favorecedoras del desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, considerando tales a los trabajadores eventuales. En cuarto lugar, y en relación con la Renta Agraria, mecanismo anual de protección del desempleo alternativo al subsidio agrario, eliminando el tope de las seis veces que, como máximo, puede reclamarse esa prestación.

En esta misma línea de mejora de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo, aunque para nada mencionado por el Acuerdo, ha de inscribirse el RD 2389/2004, de 30 de diciembre, por el que se estableció la vigencia indefinida de las disposiciones transitorias del RD 5/1997, de 10 de enero, regulador del subsidio especial de desempleo de los trabajadores eventuales del campo. De forma que las reglas especiales previstas en esas disposiciones transitorias, relativas sobre todo al número de jornadas reales de trabajo que dan derecho a la conservación del subsidio, han dejado de tener el carácter provisional de que estaban dotadas (aunque

esa provisionalidad no ha impedido su reiterada prórroga anual) para convertirse en permanentes.

3. LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DEL FOGASA

El segundo bloque de reformas contenidas en el apartado III del Acuerdo se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y ha determinado, mediante el art. 12 (números Tres, Cuatro, Cinco y Seis) del RDL 5/2006 la reforma de los apartados 1, 2, 7 y 8 del art. 33 del ET. Como el propio Acuerdo y el RDL 5/2006 señalan y se dijo al inicio, es la situación financiera excedentaria del FOGASA la que justifica la adopción de dos tipos de medidas: de una parte, la reducción de la cotización empresarial; de otra, la mejora de la protección otorgada. Esa mejora consiste en: a) la ampliación de los supuestos en los que el trabajador tiene derecho a las prestaciones; en concreto, en lo que hace a las indemnizaciones por fin de contrato; b) el incremento de la cuantía de las prestaciones por el expediente de incrementar los topes cuantitativos que determinan el alcance de las obligaciones económicas del FOGASA; c) la ampliación de los títulos o documentos que puede fundar la reclamación del trabajador al FOGASA.

3.1. La ampliación de los supuestos extintivos contractuales frente a los que debe responder el FOGASA: las indemnizaciones derivadas de tales situaciones

Tanto en el caso de las indemnizaciones, como en el de los salarios, es innecesario subrayar que el RDL 5/2006 no ha modificado, obviamente, los requisitos comunes establecidos por el art. 33.1 ET, y por los arts. 13 a 20 del RD 505/1985, de 6 de marzo, de desarrollo reglamentario del art. 33 ET, para que surja la responsabilidad del Fondo. En todo caso se tratará de salarios o indemnizaciones debidas por el empresario y pendientes de pago por causa de «insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores»; situaciones que, salvo la insolvencia, quedan resumidas ahora, por obra de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la de concurso. En consecuencia, la responsabilidad del FOGASA es indirecta o, mejor, subsidiaria. Salvo la que expresamente se establece como una responsabilidad directa del Fondo en relación con las indemnizaciones legales que correspondan a los trabajadores de empresas de menos de 25 trabajadores cuya relación laboral se extinga por despido colectivo o por amortización, individual o plural, de su puesto de trabajo (art. 33.8 ET).

Pues bien, lo que el art. 12. Cuatro del RDL 5/2006 modifica, en primer lugar, es el apartado 2 del art. 33 ET en el sentido de añadir a los supuestos de responsabilidad allí incluidos con anterioridad, otros nuevos. De la versión anterior del art. 33.2 se mantienen las indemnizaciones por despidos disciplinarios improcedentes o nulos, sin readmisión o con readmisión irregular (art. 54 ET); por resolución contractual a iniciativa del trabajador en los casos de incumplimiento contractual grave del empresario (art. 50 ET); por despido colectivo producido mediante la aplicación del procedimiento establecido en el art. 51 ET; y por despido objetivo basado en la causa c) del art. 52 del ET, esto es, por amortización del puesto de trabajo debida a las mismas causas que justifican el despido colectivo.

El RDL 5/2006 ha ampliado, en primer lugar, la responsabilidad del FOGASA a todos los supuestos de extinción, individual o plural, del contrato de trabajo por causas objetivas (art.52 ET). Por lo que también ha de afrontar las indemnizaciones debidas por extinción del contrato por ineptitud del trabajador (art. 52, a) ET); por falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo (art. 52, b) ET) ; por ausencias excesivas al trabajo, aun justificadas o despido por absentismo (art. 52, c) ET); y por la finalización de contratos indefinidos concertados con administraciones públicas o entidades sin fin de lucro para la ejecución de programas públicos y financiados mediante consignaciones presupuestarias, cuando tales contratos no puedan mantenerse por insuficiencia d dicha consignación (art. 52, e) ET). En este punto, el RDL 5/2006 ha ido más allá que el Acuerdo ya que en éste se excluía la responsabilidad del FOGASA en el caso de la extinción del contrato por absentismo del trabajador. Una exclusión no explicada, que quizás pudiera tener algún fundamento relacionado con la causa que justifica la terminación del contrato, pero que ha desaparecido en el tenor final del RDL 5/2006.

En segundo lugar, el RDL 5/2006 ha incluido la hipótesis de la extinción de los contratos de trabajo de conformidad con el art. 64 de la Ley 22/2003, Concursal. Se trata de extinciones colectivas de los contratos de trabajo que puede decidir, mediante auto, el juez del concurso, así como de la resolución de las acciones extintivas emprendidas por el trabajador de conformidad con el art. 50.1, b) ET, esto es, por falta de pago o por retrasos continuados en el pago de los salarios, cuando se superen ciertos umbrales cuantitativos. Al margen la polémica acerca de si estas extinciones estaban o no incluidas, mediante una interpretación integradora, en los supuestos ya previstos por el art. 33.2 ET, lo cierto es que, tras el RDL 5/2006, no cabe duda alguna de la responsabilidad del FOGASA en estas situaciones (sobre estos temas, R. Roqueta Buj. «La ampliación de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial», en el volumen La Reforma Laboral de 2006. Lex Nova, 2006, págs. 1192-196).

En tercer lugar, el RDL 5/2006 también ha establecido la responsabilidad del FOGASA en relación con las indemnizaciones por extinción de los contratos temporales o de duración determinada en los casos en que legalmente procedan. Que no son otros que los previstos en el art. 49.1,c) ET, es decir, la indemnización de ocho días de salario por cada año de servicio, respecto de todos los contratos temporales menos los de interinidad, formativos y de inserción; y los recogidos en los arts. 11.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, y en el RD 1989/1984, relativo a los contratos de fomento del empleo, esto es, los doce días de salario por año de servicio por finalización de los contratos temporales de puesta a disposición y de los de fomento del empleo, respectivamente.

Por último, hay que indicar que el RDL 5/2006, al modificar el art. 33.8 ET, dedicado a los casos de responsabilidad directa del Fondo en lo que hace a las empresas de menos de 25 trabajadores, ha añadido a los dos supuestos que se mencionaban antes (la extinción de los contratos como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 ET y la extinción, individual o plural, por causas objetivas de conformidad con el art. 52, párrafo c) ET), el de la extinción de los contratos en aplicación del art. 64 de la Ley 22/2003, Concursal. Sin duda por las mismas razones que se acaban de exponer y, más concretamente, por la connotación de crisis económica, organizativa, técnica o productiva que caracteriza los dos primeros supuestos; y a los que la extinción en aplicación del art. 64 de la Ley Concursal, se adscribe sin dificultad.

3.2. El incremento de la cuantía de las prestaciones del FOGASA: la elevación de los topes

En materia de elevación de los topes de la responsabilidad del FOGASA o de incremento de las cuantías garantizadas, el RDL 5/2006 opera en tres lugares del art. 33 del ET. En primer lugar, modifica el art. 33.1, segundo párrafo, de manera que el tope hasta el que responde el Fondo será igual a multiplicar el triple (antes era el doble) del salario mínimo interprofesional diario (donde se debe incluir ahora el importe de las pagas extraordinarias, lo que no era posible antes), por el número de días de salario pendientes de pago. Con un límite general de ciento cincuenta días de salario (antes eran ciento veinte días). Sobre si la fórmula descrita constituye un tope temporal o cuantitativo, se trata de una polémica anterior a la reforma, solucionada por la opinión mayoritaria en el sentido de que se trata de un tope cuantitativo absoluto (en este sentido y reproduciendo la polémica, A. Costa Reyes. El crédito salarial. Consejo Económico y Social de Andalucía, 2005, págs. 419-427).

En segundo lugar, el RDL 5/2006 ha elevado también los topes máximos por los que el FOGASA responde respecto de las indemnizaciones por fin de contrato, modificando al efecto el apartado 2 del art. 33 ET. De forma que, actualmente, el Fondo responderá como máximo de una anualidad de la indemnización pero calculando ésta conforme a una base en la que el salario diario no puede exceder del triple del salario mínimo interprofesional (antes el límite esa el doble de ese salario diario), incluyendo en dicho salario diario (lo que antes no sucedía tampoco) las pagas extraordinarias. De nuevo aquí se plantea, siendo una cuestión previa a la reforma, la naturaleza del tope si bien existe consenso en entender (en esta línea, Costa Reyes, cit. pág. 426) que se trata de un tope a la vez cuantitativo (el triple del salario mínimo diario) y temporal (una anualidad).

En tercer lugar, y por último, el RDL 5/2006 también cambia el segundo párrafo del art. 33.2 ET, relativo a la forma de calcular las indemnizaciones a las que el FOGASA hará frente en los supuestos de insolvencia y concurso del empresario. Se trata de un tope relevante ya que las indemnizaciones que se reclaman al FOGASA no se calculan conforme a los días que la norma establece (los 45 días de salario por año de servicio de los despidos disciplinarios improcedentes o de las resoluciones del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador del art. 50 ET; o los 20 días de salario por año de servicio de los despidos objetivos o colectivos; o los 12 días de los contratos temporales de puesta a disposición; o los 8 días de los contratos temporales previstos en el art. 49.1 ET). Por el contrario, el segundo párrafo del art. 33.2 ET establece que el importe de la indemnización, sólo al efecto de su abono por el FOGASA, se calculará, con el límite señalado antes, sobre la base de treinta días por año de servicio (ante del RDL 5/2006 eran 25 días).

Esta mejora o incremento del número de días de salario, base del cálculo de las indemnizaciones sólo se refiere, así lo indica el art. 33.2 ET, a la extinción por despido o por resolución del contrato conforme al art. 50 ET. Es decir, situaciones en las que la indemnización es de 45 días de salario por año de servicio. De forma que, aunque el cálculo de la indemnización asumible por el Fondo es reductivo respecto de la indemnización legal, en todo caso el incremento a treinta días ha mejorado la situación de los trabajadores que reclaman esas indemnizaciones. Lo que queda fuera de toda duda es que esta forma de cálculo sólo sirve para los supuestos descritos en los que la fórmula legal utiliza un mayor número de días de salario por año de servicio; así lo dice (y lo decía antes) expresamente el segundo párrafo del art. 33.2 ET. En el resto de los casos, donde la indemnización legal es inferior a esos 30 días, sin duda que ha de utilizarse el número de días establecido en la norma (Costa Reyes, cit. págs. 443-444).

3.3. La ampliación del los títulos o documentos que fundan la reclamación

Según las referencias contenidas en el apartado 2 del art. 33 ET, en materia de indemnizaciones por fin del contrato, la indemnización misma y su cuantía habrían de estar reconocidas necesariamente como consecuencia de sentencia o de resolución administrativa a favor de los trabajadores. Lo que suponía la exclusión de cualquier otro título habilitante y particularmente la conciliación en cualquiera de sus versiones (judicial y no judicial) que, por el contrario, si eran título suficiente a los efectos de la reclamación de los salarios pendientes de pago. Esta determinación legal quedaba confirmada, como no podía ser de otra manera, por el art. 25 del RD 505/1985, de desarrollo del art. 33 ET. El RDL 5/2006 amplía, en materia de indemnizaciones, los títulos que puedan fundar la reclamación ante el FOGASA, añadiendo a la limitada enumeración del art. 33.2, dos nuevas referencias: auto y acto de conciliación judicial.

Cada uno de estos añadidos tiene una justificación. En cuanto al auto porque ya el art. 14.2 del RD 505/1985 hacía una mención a títulos judiciales diferentes de la sentencia, al establecer, en cuanto a las indemnizaciones, que la cantidad podrá estar reconocida en sentencia, resolución de la autoridad laboral, o resolución judicial complementaria de éstas. Pero, sobre todo, porque las extinciones de los contratos de trabajo decididas por el juez del concurso de conformidad con el art. 64 de la Ley 22/2003, se articulan mediante auto, como así expresamente lo prevé el citado artículo. En consecuencia, la ampliación de los supuestos frente a los que existe responsabilidad del Fondo a los basados en el art. 64 de la Ley 22/2003 ha llevado inevitablemente a incluir el auto entre los títulos justificatorios de la reclamación. Con la consecuencia, seguramente, de garantizar esa posible reclamación a otros supuestos en los que la resolución judicial conectada con una extinción del contrato puede adoptar la forma de auto (por ejemplo, el auto dictado en ejecución por incumplimiento de la readmisión acordada en conciliación).

En cuanto a la consideración de la conciliación judicial como título habilitante, constituye una solución incompleta, y no nueva, a la polémica suscitada en torno a la inadecuación de la conciliación no judicial para justificar la reclamación al FOGASA. Rechazado con carácter general que el rechazo legal a que la conciliación no pueda esgrimirse frente al Fondo constituya una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, de 25 de octubre), la cuestión se volvió a suscitar tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2004 (370/2004). En esta Sentencia, bien es verdad que referida a salarios, se determinó que era contrario a la Directiva 80/

987/CEE, de 28 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, la exclusión de las garantías del Fondo de las indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial. De aquí que el RDL 5/2006 haya incluido la conciliación judicial en el listado de títulos habilitantes, excluyendo la conciliación no judicial o administrativa, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 17 de marzo de 2003 (RJ 3649) y de 24 de abril de 2004 (RJ 3699). La preocupación por el fraude que puede encubrir, con menor control, la conciliación no judicial, es lo que, sin duda, ha condicionado la limitada reforma del RDL 5/2006.

Como consecuencia de la ampliación de los títulos que permiten fundar la reclamación ante el FOGASA, el RDL 5/2006 ha modificado igualmente el apartado 7 del art. 33 ET, referido al plazo de prescripción del derecho a solicitar del Fondo el pago de las prestaciones a que está obligado por el ET. No para alterar ese plazo, que sigue siendo de un año, sino para precisar que el año ha de contarse desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución administrativa en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

4. CONCLUSIONES

La descripción de las reformas contenidas en el RDL 5/2006 en materia de protección por desempleo y respecto de las prestaciones del FOGASA ha confirmado el diagnóstico inicial de la escasa relevancia de las mismas. En ningún momento las innovaciones han pretendido alterar los modelos prestaciones ni introducir principios o reglas diferentes a las que existen y viene rigiendo ambos sistemas de protección. Se trata, por este motivo, de modificaciones de escaso calado y, en el caso del FOGASA, justificadas por el factor, obviamente no permanente ni definitivo, de la situación financiera excedentaria del FOGASA. La insistencia en este dato y las cautelosas afirmaciones de la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 respecto de modificaciones futuras de las cotizaciones y de las prestaciones del Fondo, confirman que las reformas del RDL 5/2006 en este ámbito se consideran temporales y susceptibles en todo caso de revisión si cambian esas favorables circunstancias financieras. Por lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, la finalidad de las reformas ha sido, de forma muy evidente, mejorar la protección de ciertos colectivos como son, en primer lugar, los trabajadores fijos discontinuos, los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años y los cooperativistas de trabajo adscritos a las cooperativas mediante vínculos temporales. Al margen de esta mejora selectiva poco hay salvo los compromisos y recordatorios, más genéricos pero de mayor calado, de la



revisión de los sistemas de protección por desempleo diferentes de la prestación contributiva y del subsidio. En concreto, del injustificado trato desigual de los trabajadores eventuales del campo en el contexto de la protección estandarizada por desempleo; y del último y tercer escalón de la tutela frente al desempleo como son la Renta Activa de Inserción y la Renta Agraria (alternativa, a su vez, del subsidio especial para los trabajadores eventuales agrarios). Sin que se pueda aventurar resultados, seguramente que la reforma de estos instrumentos de tutela arrojará, en materia de desempleo, un balance más sustancioso que el que ahora ofrece el RDL 5/2006.





«MODERNIZACIÓN» DEL SISTEMA PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO, «MEJORA» DE LA INTERMEDIACIÓN Y «EVALUACIÓN» DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: UNA REFORMA «OTOÑAL»¹

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

La reforma del mercado de trabajo pactada entre interlocutores sociales y Gobierno ha prestado escasa atención al eje de las políticas activas de mercado de trabajo, centrando una vez más el programa de actuación en la tradicional, pero ambigua, política de incentivos económicos. No obstante, la recurrente modernización del entero Sistema Nacional de Empleo —SNE— no ha pasado inadvertida para el Acuerdo Social por completo, pero lejos de ser afrontada de manera directa y global ha quedado aplazada para un momento posterior. El RD Ley 5/2006 aún ha sido más parco a la hora de contemplar este objetivo de revisión de las políticas activas de empleo y de reordenación de los sujetos que intervienen el mercado de trabajo, en orden a mejorar la eficacia y posición competitiva de cada uno de ellos.

En consecuencia, es preciso no sólo conocer el alcance de las episódicas referencias legales a esos objetivos sino también desentrañar los principales aspectos que incluyen los tres compromisos alcanzados en el Acuerdo: modernización del SNE, evaluación de las Políticas Públicas, y reordenación del mercado a partir del desarrollo reglamentario pendiente de la Ley de Empleo. Aunque es más relevante lo que callan los sujetos negociadores que lo expresado, intentar arrojar algo de luz sobre los retos pendientes a este fin se convierte, al mismo tiempo, en uno de los principales desafíos para la doctrina iuslaboralista. Un primer intento de abordar este lance se concreta en este trabajo

¹ Este estudio se enmarca en los objetivos perseguidos por el Grupo PAIDI, SEJ 365, denominado «*Políticas Territoriales de Empleo, Mercado de Trabajo y derecho a la inserción*».

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA VISIÓN DE CONJUNTO: EL DESAJUSTE ENTRE LOS CONTENIDOS DEL «ACUERDO» Y LA REFORMA LEGAL EN MATERIA DE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
3. COMENTARIO DE LA «MINI-REFORMA» LEGAL: ANÁLISIS DE «BISTURÍ» Y MICROSCOPIO DE LA NORMA
4. DESARROLLOS COMPROMETIDOS PENDIENTES DE FORMALIZACIÓN NORMATIVA: APORTACIONES DEL ACUERDO SOCIAL
 - 4.1. Las claves del proceso de modernización del Servicio Público de Empleo presupuesto por el Acuerdo
 - 4.2. La «evaluación» de las políticas activas de empleo en el marco de la Estrategia europea revisada
 - 4.3. El desarrollo reglamentario de la Ley de Empleo y la actividad de intermediación entre lo público y lo privado
 - 4.3.1. Las deficiencias del actual marco legislativo en materia de Empleo: una visión panorámica
 - 4.3.2. Claves para la reordenación global de los «agentes de empleo» en el mercado: empresas de gestión integral del empleo y de recolocación
5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Las respuestas a los desequilibrios ocupacionales que presentan los mercados de trabajo, tanto desde el punto de vista cuantitativo —reducida tasa de actividad, elevada tasa de paro...—, como cualitativo —desigual impacto en cada persona y colectivo; desajustes territoriales...— llaman a una inexcusable intervención sobre la «oferta» y la «demanda» de empleo para superar, corregir o paliar tales desajustes. Esta es la misión que desde hace décadas tienen asumida las denominadas «*políticas activas de empleo*», que integran un amplísimo y heterogéneo catálogo —lamentablemente todavía no un «sistema», hoy en estado embrionario— de medidas orientadas a actuar sobre el mercado de trabajo, *bien para aumentar el empleo, o reducir el paro*, como pueden ser los recurrentes incentivos económicos a la contratación, reformas de las modalidades de contratación u otras medidas de reforma institucional, *bien para mejorar los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la «oferta» y la «demanda»*, como puede ser la mejora de la formación de las personas activas, o la modernización de la actividad de intermediación entre los flujos de oferta y demanda, e incluso la mejora de la transparencia de este mercado...

Precisamente, en el contexto de la Unión Europea, desde el Consejo Europeo de Luxemburgo, en noviembre de 1997, se viene impulsando una acción cada vez más incisiva a favor de estas políticas, como garantía o desarrollo del «Estatuto Jurídico Comunitario» del Empleo que supuso el Tratado de Ámsterdam. Este proceso ha tenido su mayor plasmación en la co-



nocida «Estrategia Europea por el Empleo», definida en Lisboa, en marzo de 2000, pero objeto de sucesivas revisiones, con vista a simplificar su gestión y, sobre todo, renovar las orientaciones y enfoques en materia de política de empleo, dando lugar a lo que se ha llamado «*Estrategia revisada*». Entre los objetivos de esta Estrategia revisada está el de definir con mayor precisión indicadores cuantitativos capaces de permitir la medición y «evaluación» de las políticas activas de empleo, al objeto de garantizar su eficacia, al tiempo que su eficiencia, en la medida en que la «cronificación» de determinados desajustes ocupacionales no obstante existir desde antaño un ingente volumen de medidas y recursos orientados a su corrección hace «sospechar», cuando menos, de sus limitaciones o disfunciones.

En este doble marco de referencia, socio-económico —continuidad de importantes desajustes de mercado— e institucional —proceso de revisión de las medidas para implementar la Estrategia Europea por el Empleo—, se entiende bien que cualquier propuesta de reforma del mercado orientada al crecimiento y al empleo vuelva a incidir de plano sobre la «*política de empleo*». Y así lo ha hecho la pactada en mayo de 2006.

Ahora bien, en esta materia el tratamiento dado por los reformadores resulta algo más desilusionador que el realizado para otras materias, en la medida en que, desde el plano de la política de empleo, las propuestas se han centrado en la política de incentivos económicos a la contratación indefinida, así como a las limitaciones del uso de la contratación temporal, aplazando para un momento posterior los desafíos pendientes respecto a una adecuada implementación o desarrollo eficaz de las demás «*políticas activas de empleo*» —PAE—. Buena prueba del alcance especialmente limitado que esta materia presenta en el conjunto de la reforma impulsada con el Acuerdo es la gran diferencia que existe entre su contenido y la formalización normativa. Así, mientras que el Acuerdo abre un programa de cambios de mayor calado, el RD-Ley 5/2006, se limita a una programática DA 6.^a en la que el Gobierno compromete un «*Plan Global de Modernización*» del Servicio Público de Empleo Estatal.

En consecuencia, buena parte del compromiso alcanzado en el Acuerdo queda aplazado en su impulso, cuando menos, hasta el otoño del 2006 y condicionado en gran medida tanto a desarrollos presupuestarios como al trabajo de Grupos y Comisiones de Trabajo. Pese al énfasis que el Gobierno ha puesto en evidenciar que el RD-Ley es una traducción o transcripción «fiel» del contenido del Acuerdo, en esta materia, como en materia de protección por desempleo, existen notables diferencias entre el «plan» reformador y la «realidad» reformada.

Por lo tanto, entendemos aquí relevante hacer no sólo un comentario o análisis de la reforma en esta materia tal y como se ha plasmado en el RD-Ley 5/2006. Un cometido de esta guisa nos llevaría a resultados muy

desilusionadores, como se decía, y de prácticamente nulo alcance jurídico. Al mismo tiempo, y sobre todo, conviene evidenciar o desgranar cuáles son los retos suscitados por el Acuerdo para el Crecimiento y el Empleo en materia de Políticas Activas de Empleo. Algunos de estos retos o desafíos son de extraordinario calado, jurídico, económico e institucional y están urgidos de una reforma en profundidad, incluso más allá del previsto desarrollo reglamentario de la algo olvidada, hasta el momento, Ley de Empleo, la Ley 56/2003, que es principal, aunque no exclusivo, marco normativo e institucional de referencia.

2. UNA VISIÓN DE CONJUNTO: EL DESAJUSTE ENTRE LOS CONTENIDOS DEL «ACUERDO» Y LA REFORMA LEGAL EN MATERIA DE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Ni las «Políticas» ni el «Derecho» relativos a la mejora del volumen y calidad del empleo se agotan en los programas de incentivo económico. Éstos sólo forman parte de un conjunto más amplio que son las «políticas activas de empleo» —y de crecimiento económico— como acabamos de referir.

Pues bien, a la luz del contenido del RD-Ley 5/2006 parecería que la mejor política de empleo de calidad es la que tiene que ver con el recurrente uso de la «política de incentivos económicos». Cuando ésta no es sólo una parte, aunque de momento la más relevante, de las «políticas de fomento del empleo», y más concretamente, de la «contratación laboral», sino que tampoco ésta agota aquélla, pues sabido es que el fomento del empleo incorpora ahora, cuando menos, dos vertientes, el empleo asalariado y el autoempleo —incluso la «economía social» o «autoempleo colectivo»—. Asimismo, son cada vez más los estudios empíricos que ponen de relieve las muchas dudas que suscita esta política de incentivo económico para la creación de empleo, no obstante su continuo reclamo, pues se dispone de análisis contundentes que ponen de manifiesto cómo el gasto en este tipo de políticas activas no siempre se corresponde con el resultado en términos de creación de empleo, como pone de relieve la comparación de países como Reino Unido y Francia. El primero, con un significativo menor gasto financiero ha conseguido mayores resultados en términos de creación de empleo que Francia, que con un elevado gasto está obteniendo resultados bastante limitados, por no decir inquietantes, tanto en términos cuantitativos como cualitativos².

² Cfr. J. A. ALUJAS RUIZ, *Políticas Activas de mercado de trabajo en España*. CES. 2003.

De estas limitaciones son conscientes, sin duda, interlocutores sociales y Gobierno. De ahí, que también hayan contemplado en esta ocasión, como lo vienen haciendo desde hace largo tiempo, allá por mediados de la década de los años 90, un «programa de modernización» de las políticas activas de empleo, con el fin de «potenciar la eficacia» —capacidad para resolver los desajustes del mercado de empleo— y la «eficiencia» —a costes óptimos social y económicamente— de las mismas. Sin embargo, como anticipábamos en la introducción de este estudio, la actualización de ese compromiso arroja un balance muy inquietante. En el caso del Acuerdo porque buena parte del cumplimiento de los compromisos adquiridos son aplazados para finales de año y dejados a resultas de grupos y comisiones de trabajo, por tanto en gran medida programáticos. En el caso del RD-Ley 5/2006 porque tan sólo habría merecido una muy vaga DA 6.^a, cuyo alcance, además de incierto, es extremadamente limitado, poco o nada condicionante legalmente, para lo que significa un auténtico proceso de «modernización» del Servicio Público de Empleo, en particular del Estatal, pero también del entero «Sistema Nacional de Empleo», hoy en gran medida en manos de las CCAA y mañana, con gran probabilidad, en manos de la Administración Local.

De ahí, que sigamos viendo el tratamiento español de las política de empleo como una asignatura «troncal» todavía hoy pendiente de aprobar, incluso de afrontar. La Ley 56/2003 habría sido un primer paso, pero ni definitivo ni el más acertado.

La reforma legal despacha esta crucial cuestión a un futuro «Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal» (DA 6.^a). El objetivo básico es garantizar «la adecuada coordinación con los Servicios Públicos de Empleo Autonómico», así como «la mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas» —que ya está bajo la competencia de las CCAA—. Como veremos con algún detenimiento de inmediato, los concretos compromisos, más políticos que jurídicos, alcanzados son:

- presentación del Plan en un plazo de 3 meses desde la entrada en vigor del RD-Ley —ya se sabe la laxitud en el control de estos plazos—
- consignación presupuestaria adecuada para esa modernización y mejora en la LPGE para 2007 —queda a la libre determinación del Gobierno—
- inclusión de un «Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal» —SPEE—, para mejorar tanto su estructura organizativa como la situación laboral —retributiva y profesional— de su personal

Por supuesto que no es éste el momento para entrar a analizar las muchas carencias que presentan las Políticas Activas de Empleo y por tanto la decepción que, para su corrección, presenta esta reforma, que parece una

nueva oportunidad perdida. Pero sí es oportuno, incluso obligado, someterlo a valoración respecto de su fuente de inspiración, el Acuerdo Social para el Crecimiento y el Empleo. En él, tras recordar lo que aquí se ha dicho, que hay que renovar el SNE en el marco del desarrollo efectivo de la LE, se trazaron tres ejes, en coherencia tanto con nuestros compromisos con la Estrategia Europea por el Empleo revisada como con las principales líneas de reforma que, al mismo fin, se están llevando en otros países comunitarios —Italia, Francia, Alemania...—:

- 1) La *Modernización* de los Servicios Públicos de Empleo
- 2) La *Evaluación* en profundidad de las Políticas Activas de Empleo —PAE—, incorporando algunas garantías jurídicas para los demandantes de empleo en orden a recibir una oportunidad real de acciones formativas o de empleo
- 3) *Revisión del marco normativo del mercado de trabajo*, en particular en relación a los agentes de empleo, a partir de la realización del desarrollo reglamentario pendiente de la Ley de Empleo. A tal fin se prevé crear un Grupo Tripartito de Trabajo

Pues bien, queda claro que, sea por la naturaleza de los compromisos, que implican más un análisis y reflexión a medio plazo, bien por la dificultad del empeño, bien por la falta de prioridad al respecto al estar esta política ya en manos de las CCAA, sólo la primera línea de actuación ha tenido algún reflejo en la reforma legal. En consecuencia, deberemos esperar un tiempo antes de poder analizar cual es el compromiso real del Gobierno con esta necesaria, urgente e inaplazable labor de redefinición de la posición que cada agente, público y privado, tiene en el mercado de trabajo, ante el caos y la confusión que reina en estos momentos.

Asimismo, tampoco ha sido esta feliz ocasión para proceder a la corrección de los desajustes hoy existentes entre la regulación legal y el convenio número 181 de la OIT, que es el principal referente normativo e institucional actualmente existente para la ordenación de este ámbito del mercado. Sin embargo, un desafío inaplazable ya para los poderes públicos, tanto estatal como autonómicos, es el reordenar la posición de los diferentes «agentes de empleo» que a lo largo de estos años han venido proliferando, sin un fundamento normativo adecuado en todos los casos. Una situación de vacío legal que no sólo genera incertidumbre, tanto para los operadores —agentes de empleo y poderes públicos— cuanto para los destinatarios —demandantes de empleo, trabajadores...—, sino que incluso fomenta la opacidad del mercado y las estrategias de competencia desleal. La consecuencia es una profunda quiebra no sólo de derechos fundamentales del trabajador, sino de algunos de los pilares más básicos sobre los que se asienta el entero sistema de economía social de mercado. De ahí, una vez más, la necesidad y urgencia de la intervención legislativa y el compromiso decidido de los sujetos sociales.

3. COMENTARIO DE LA «MINI-REFORMA» LEGAL: ANÁLISIS DE «BISTURÍ» Y MICROSCOPIO DE LA NORMA

Conforme a la referida DA 6.^a, relativa a la «modernización de los Servicios Públicos de Empleo» el Gobierno deberá instrumentar «un *Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal*». Esta cláusula de remisión a una técnica de planificación de medidas orientadas a la mayor racionalidad del Servicio Público de Empleo se articula sobre algunas, pocas y difusas, indicaciones para orientar la actividad del Gobierno de la Nación, que es el destinatario del mandato legal. Así, los aspectos más relevantes de esta insustancial regulación son:

- fijación de un plazo para elaborar el Plan: *3 meses desde la entrada en vigor del RD-Ley*
- ámbito del SNE afectado: el *Servicio Público de Empleo Estatal —SPEE—*
- finalidad principal del Plan: la «garantía» de la «adecuada coordinación» entre el SPPEE y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, por un lado, y la «modernización y mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas», por otro
- financiación del Plan: «*contará con una adecuada dotación presupuestaria que se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007*»
- contenido mínimo del Plan: «*incluirá necesariamente un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal*»

Como puede comprobarse fácilmente la «modernización» comprometida tiene un alcance eminentemente de racionalización interna, material y de personal, del SPPE, por tanto con efectos bastante limitados, al menos en principio, respecto a la necesaria mejora del funcionamiento global de los Servicios Públicos de Empleo. Aunque su carácter programático y su alcance eminentemente financiero —compromiso de gasto que está dispuesto a asumir el Gobierno— convierte en insulsa, en el plano normativo, esta previsión de rango legal, no deja, sin embargo, de generar algunos problemas o dudas. Veámoslos brevemente.

Así, en primer lugar, por lo que refiere al ámbito afectado, queda clara su limitación al SPPEE, cuando tanto la denominación de la DA 6.^a como las referencias del Acuerdo hacían referencia a todo el SNE, esto es, al SPPE y a los Servicios Autonómicos de Empleo. Sin duda la explicación puede estar en la culminación del proceso de transferencias en materia de empleo a las CCAA, por lo que el Estado sólo tiene competencias normativas pero no de organización y gestión, salvo en relación a las limitadas materias reservadas al suceso del extinto INEM —el SPPE—.

Ahora bien, como ya ocurriera y recientemente, en relación a otro Sistema Nacional en el que se ha culminado las transferencias, como es el de Salud, la potestad de gasto del Estado le permite intervenir en la mejora del funcionamiento de los Servicios transferidos, ampliando la financiación comprometida. Naturalmente, siempre que medie el necesario acuerdo con las CCAA. Esta idea parecía estar latente en el Acuerdo. Sin embargo, no ha sido así. Quizás a petición de las CCAA, quizás por una gestión anticipada de la moderación del gasto, la referencia global se limita tan sólo a la debida «coordinación» entre Servicios. Una exigencia que, en todo caso, resulta bien limitada en su efecto normativo, por cuanto sabido es que la coordinación es un principio estructural del nuevo Sistema Nacional de Empleo. Claro que una cosa es que esté reconocida en la Ley y otra que sea real.

En segundo lugar, y en conexión con esta referencia, llama también la atención que se hable de «modernizar» la red de oficinas públicas de empleo, cuando sabido es que esta red ya no le pertenece tampoco al Estado «central» sino a las CCAA, salvo en el País Vasco, que no tiene transferidas de momento las competencias relativas al servicio público de empleo. De nuevo, habrá de entenderse que la referencia se limita al aspecto organizativo y de gestión relativo a la prestación por desempleo, cuya competencia sigue en manos del SPPE, salvo en alguna experiencia singular como en Cataluña.

En tercer lugar, por lo que concierne a la financiación, la DA se limita a exigir que exista una partida presupuestaria para el año 2007 en la que se consigne este Plan, condicionando vagamente su cuantía al prever que sea «adecuada». Por cuanto estamos ante una materia presupuestaria la competencia es plena del Parlamento, si bien en el plano formal, pues, como es sabido, el alcance de la misma está completamente en manos materialmente de lo que el Gobierno decida disponer al respecto. Por lo tanto habrá que esperar a la partida presupuestaria en la próxima LGP para saber la seriedad o credibilidad del compromiso gubernamental.

Finalmente, igual de vaga es la referencia al contenido mínimo del Plan de Modernización, que prevé una referencia expresa a la situación de los «recursos humanos» del SPPE. No cabe duda que, por lo general, el proceso de transferencias a las CCAA no sólo ha supuesto en gran medida culminar el proceso de progresivo vaciamiento de actividades de empleo del personal al servicio del entonces INEM y del ahora SPPE, sino que también está generando ciertos agravios comparativos en las situaciones retributivo-profesionales, en detrimento del personal que sigue adscrito al SPPE o del que éste pueda contratar *ex novo*.

De ahí, pues, que esta reforma tenga, como se decía, más una clave de lectura interna, de organización *ad intra*, del SPPE y menos de organización *ad extra*, como entidad prestadora de servicios de empleo para el ciu-

dadano, trabajador y empleador, y con vista a mejorar la eficacia del servicio en el mercado. Aunque, como es obvio, una mejora de los recursos materiales y de las condiciones profesionales del personal empleado debería redundar —aunque no es ninguna garantía sino existe un adecuado diseño del modelo final— en la mejora de la calidad del servicio prestado y, por tanto, en un incremento notable de su eficacia en el mercado. Sin embargo, el sentido latente o implícito en el uso del término «modernización» empleado por el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo parecía ir bastante más allá de esta dimensión interna. Por eso entendemos especialmente oportuno, incluso conveniente, analizar este alcance más amplio presupuesto, a nuestro juicio, por el referido Acuerdo, y cuya realización permitiría confiar algo más en la viabilidad de esta recurrente «ambición».

4. DESARROLLOS COMPROMETIDOS PENDIENTES DE FORMALIZACIÓN NORMATIVA: APORTACIONES DEL ACUERDO SOCIAL

4.1. Las claves del proceso de modernización del Servicio Público de Empleo presupuesto por el Acuerdo

Cualquier análisis conceptual o cualquier intervención práctica en el ámbito de las Políticas Activas de Empleo —PAE— pasa indefectiblemente, y de forma muy señalada, no obstante su languidecimiento progresivo pero acusado en esta última década, por la referencia a la situación de los Servicios Públicos de Empleo. Pese a este palidecer gradual de su presencia en el mercado de trabajo, si es que alguna vez ha sido verdaderamente relevante en la práctica más allá de las obligaciones formales, siguen siendo una pieza clave no ya sólo para asegurar la debida *transparencia* del mercado, sino incluso para mantener o recuperar su necesario *equilibrio*. Las sucesivas reformas experimentadas en estos años por el otro único «Servicio Público de Empleo» han ido en una doble dirección:

- la «*liberalización*» de servicios provistos directamente por él, mediante la reducción de las obligaciones formales a cargo de los empleadores y, sobre todo, mediante el incremento de la competencia entre las «agencias de empleo», incorporando al mercado la presencia de «agentes privados»
- la «*descentralización*» de los mismos, a consecuencia de la actual distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en la materia.

Precisamente, la ya no tan reciente Ley 56/2003, de Empleo —LE— tuvo como principal objetivo el adecuar el modelo legal preexistente al sur-

gido a partir de tal distribución constitucional de competencias en esta materia. Con ello se buscaba asegurar la adecuada cooperación y coordinación entre los distintos niveles de la Administración Pública implicados —estatal, autonómico, y más residualmente, local, si bien cada vez más comprometida en la ejecución de las políticas de empleo—, así como entre los agentes públicos y privados concernidos, movilizándolo de forma óptima o sinérgica todos los recursos disponibles. A lo visto este objetivo está más reconocido que cumplido, a juzgar por el énfasis puesto por el Acuerdo de Reforma, y por el RD-Ley, en la necesidad de un «plan de modernización» que realmente asegure el cumplimiento efectivo de este objetivo. El SNE diseñado por la LE se basaba en un modelo de descentralización territorial y coordinación funcional que, articulado sobre principios comunes de actuación, no parece haber alcanzado hasta hoy su óptimo de funcionamiento.

La estructura y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo se están viendo afectados negativamente, pues, por la persistente descoordinación entre sus piezas integrantes. De ahí, pues, la sentida necesidad de reimpulsar este proceso de reordenación de los Servicios Públicos de Empleo por parte del Acuerdo Social. Una percepción que viene siendo reiterada, conforme a una constante que no puede ignorarse, desde hace dos décadas, ya desde la primera reforma laboral relevante, la de 1984. La reiteración del objetivo modernizador evidencia, por sí mismo, no sólo la dificultad del mismo sino también el fracaso, relativo si se quiere pero perceptible o visible, del mismo, pese a los cambios legales y organizativos.

Por eso, los firmantes del Acuerdo ponen de manifiesto la necesidad de ir más allá de las referidas mejoras presupuestarias y de personal, para afectar a la propia funcionalidad del entero Sistema Nacional de Empleo: *relanzar sus tasas de intermediación*, ante la constatación de su más que discreta presencia en los diversos ámbitos territoriales del mercado de empleo —global, comunitario, estatal, autonómico y local—. Aunque las reformas no han sido neutrales o ineficaces a tal fin, en la medida en que a lo largo de este largo periodo los servicios públicos han conocido momentos expansivos no desdeñables, lo cierto es que ni su incidencia es la que debería, al pasar la mayor parte de las colocaciones por «mediaciones» diferentes a los sistemas formalizados a tal efecto, ni ese crecimiento aparece hoy sostenido.

La recurrente solicitud de «modernización» de los servicios públicos de empleo requiere, pues, avanzar en otras direcciones, y no sólo en la relativa a la organización interna, ni tan siquiera en relación al inexcusable objetivo de la coordinación entre ellos. Naturalmente, no es posible entrar aquí en un análisis en profundidad respecto de las direcciones y medidas que podrían seguirse para avanzar realmente en este cambio, orientado a mejorar la eficacia de los servicios públicos en el mercado, pero sí es obligado tanto



realizar alguna precisión respecto al modelo a seguir cuanto esbozar algunas propuestas, ya experimentadas en otras reformas de países comunitarios, incluso ensayadas, con mayor o menor fortuna y coherencia, en nuestro sistema.

Por lo que concierne a la observación general, es oportuno, para prevenir las continuas frustraciones y evitar planteamientos puramente nostálgicos o retóricos, llamar la atención sobre el mutado entorno socio-económico e institucional en el que los Servicios Públicos actúan. Como ya se ha sostenido en otra ocasión, la mayor presencia de éstos en los mercados y la mayor credibilidad de los mismos cara a empleadores y trabajadores pasa necesariamente por entender que han de mejorar su «*posición competitiva*» en el mercado de empleo, sin que sea ya posible cualquier propuesta que suponga un imposible retorno a su otrora «*posición de dominio*». Ésta no sólo no es realista o viable, sino que ni tan siquiera sería legal —prohibición del TJCE—.

Por eso, como profundizaremos de inmediato, la mejor estrategia es reordenar el papel de todos y cada uno de los sujetos que intervienen de forma relevante en el mercado. Una exigencia que, como ya se ha anticipado, no ha pasado desapercibida para los firmantes del Acuerdo, si bien ha quedado aplazada a las conclusiones que se obtengan del Grupo de Trabajo constituido a tal efecto en el marco del desarrollo reglamentario de la LE. No obstante, conscientes los actores —públicos y sociales— del mercado de la necesidad de ir experimentando o ensayando este proceso de revitalización de la eficacia del SNE, en el Acuerdo mismo ya podemos encontrar la referencia a algunas medidas que han de cumplir con este objetivo de mejora de la eficacia de la posición de los sujetos públicos, tanto directa como indirectamente.

En este sentido, las medidas específicas u operativas que se proponen para incrementar la referida eficacia son:

- a) la creación de un «*Portal de Empleo*», progresando en la implementación de las «*Oficinas Virtuales de Empleo*»
- b) Fomento de los «*sistemas de autocolocación*», mediante el incentivo de programas de autoayuda o autogestión de la búsqueda de empleo

La primera vía supone el reconocimiento del *impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la gestión del mercado de empleo*, en cuanto que multiplica las posibilidades de conocer y ajustar oferta y demanda de empleo. La multiplicidad de manifestaciones que hoy encontramos en la red cibernética, a través del recurso que hacen los sujetos privados, está dando lugar a situaciones de difícil calificación jurídica, al mezclar puros «*bancos de datos*» sobre empleo con sistemas de mediación informática en sentido estricto, unos gratuitos, otros retribuidos... Esta con-

fusa e incierta situación no habría merecido, al menos hasta el momento, una específica reflexión para los sujetos firmantes que, en consecuencia, parecen aceptar la presencia de este extenso catálogo de «oficinas virtuales privadas» como una concesión al «dominio» de las reglas de ese macro espacio que es la red de «*internet*».

Ahora bien, sí han considerado oportuno contrarrestar su funcionamiento con la creación de un gran «Portal de Empleo», de modo que se busca reorientar el ejercicio de las funciones más propias del Servicio Público de Empleo, el ajuste de oferta y demanda de empleo, a través de los nuevos modos que permiten tales tecnologías. Esta manera de operar aparece como una de las grandes líneas de reforma en los diferentes países de la UE, que basan en la creación de estas redes de procesamiento informático la mejora de la transparencia de los procesos de ocupación, la lucha contra el fraude y el incremento de la presencia de los servicios públicos. Y se presenta igualmente como el eje del Sistema Comunitario, la denominada RED EURES.

La segunda vía de modernización, en cambio, acusa la *influencia de la nueva concepción imperante en materia de ordenación y gestión de la protección frente al desempleo*. El desempleado deja de ser un sujeto «pasivo», ya sea como prestador ya como «objeto» de un plan de colocación, para ser «sujeto activo», incluso a título de principal protagonista de su proceso de retorno —o acceso— al empleo. El resultado es, pues, un proceso de «*individualización*» de la gestión social de la búsqueda de empleo. El objetivo básico perseguido con esta modalidad de mediación es capacitar al demandante de empleo para que gestione por sí mismo el proceso de búsqueda de empleo, desde la localización y uso de las bases de información de datos disponibles, públicas y privadas, hasta la selección de ofertas más adecuadas para su trayectoria profesional y competencias, pasando por la propia preparación de las entrevistas de selección de personal.

De este modo, el Servicio Público de Empleo español se movería en la dirección ya explorada hace años por los servicios públicos de la mayor parte de los países comunitarios, como Reino Unido, Francia, Holanda..., que han venido recurriendo con frecuencia a las *técnicas de autocolocación*, tanto por razones de eficacia, ligadas a los efectos positivos que tiene el que el demandante de empleo sea protagonista activa de su propio proceso de inserción ocupacional o de retorno al empleo, cuanto de eficiencia, por los menores costes que genera este mecanismo. Recuérdese que la reforma de la protección por desempleo ha venido optando en los últimos años en España, en la misma línea que en otros países comunitarios, por un modelo de desempleo «activo», hasta llegar a formalizarse en un «compromiso de actividad» por parte del trabajador desempleado, en virtud del cual se fija la obligación de realizar un comportamiento que evidencie su voluntad de buscar activamente empleo —artículo 231 LGSS—



En buena medida, se trata de un *sistema de autoayuda para la colocación asistida institucionalmente*. Estos sistemas ofrecen múltiples posibilidades y se instrumentan tanto al servicio de procesos de colocación individual cuanto plural o de grupo, pudiendo servir tanto en el marco de las políticas de empleo por cuenta ajena como en el de las de fomento del autoempleo, individual y colectivo. Como veremos en su momento, el recurso a esta técnica evidencia un espacio de concurrencia entre la actividad que realizan los servicios públicos y la que viene desplegando otros sujetos de carácter privado, que no siempre cuentan con la debida autorización para ello —empleo las empresas de recolocación—.

4.2. La «evaluación» de las políticas activas de empleo en el marco de la Estrategia europea revisada

Como sabemos, la Ley de Empleo, en coherencia con una abigarrada y dilatada experiencia, abarca un amplísimo conjunto de acciones, programas y medidas destinadas a un conjunto no menos amplio de colectivos sin empleo. Este conjunto lejos de reducirse o simplificarse ha aumentado a partir de la Estrategia Europea por el Empleo —EEE—. Aunque la incidencia de la EEE ha tenido también un efecto de sistematización o reordenación, a partir de los 4 Pilares y las Directrices establecidos en ella, mediante los sucesivos Planes Nacionales de Acción para el Empleo del Reino de España, no cabe duda que su disparidad e incremento cuantitativo han impedido tanto una ordenación coherente como una aplicación efectiva de las mismas, mediante una gestión racional y coherente.

Precisamente por ello, entre los objetivos de la denominada Estrategia Europea Revisada, y las Directrices para el Empleo de la Comisión 2005-2008, implementadas ahora a través de los denominados «Planes de Reforma», está el de *evaluar la eficacia de todas estas actuaciones*, para evitar la cronificación de situaciones de desempleo, el perpetuarse de desequilibrios ocupacionales y el uso ineficiente de recursos públicos. En esta dirección, como también anticipábamos, surgen cada día más estudios empíricos que ponen de manifiesto cómo la *ineficacia de algunas políticas activas de empleo no deriva sólo de las limitaciones presupuestarias, sino también de la disfuncionalidad, o poca utilidad, de ciertas medidas* tradicionalmente seguidas en esta materia. La falta de correlación nítida entre el nivel de gasto activo y la tasa de paro hace dudar, pues, de la eficacia de estas políticas. Los pobres resultados a imputar a un significativo número de programas de incentivo para el empleo han de buscarse más allá de la fácil llamada a la limitación de recursos económicos disponibles.

A este respecto, es común la crítica que reprocha la muy escasa atención prestada hasta el momento en nuestro país al imperativo de la evalua-

ción sistemática de las políticas públicas de empleo. Cuando así ocurre, la evaluación se agota en la simple comparación del gasto aplicado a través de distintos indicadores, por lo que difícilmente disponemos de una información adecuada sobre su eficacia y eficiencia³.

Precisamente, otra de las líneas más visibles de modernización de los servicios públicos de empleo en los diferentes países de la UE que han afrontado más incisivas reformas de sus mercados, como Francia, Alemania o Italia, ha sido la de establecer instrumentos que permitan un control y seguimiento de las diferentes políticas activas de empleo, con objeto de garantizar la eficacia. Así, en Alemania se creó el denominado «*Arbeitsmarktmonitoring*», o sistema permanente de observación, balance y corrección, en su caso, de los programas propuestos por el Gobierno en materia de protección por desempleo, tanto en su faceta activa como pasiva, que obligó a una notable ampliación del personal encargado de la prestación de servicios de intermediación y colocación. Italia hizo lo propio con el denominado «*Monitoraggio Statistico*», que es un sistema que tiene análoga función de evaluar la eficacia de las PAE, si bien desde ciertos objetivos socio-económicos, como la igualdad de oportunidades a la hora de acceder al empleo, evitando la cronificación del paro de aquellos colectivos con mayores dificultades de inserción.

La evaluación de las PAE puede hacerse desde diferentes planos, proponiéndose básicamente dos. El primero, macroeconómico, busca determinar el efecto neto de estas políticas sobre una serie de variables indicativas de la situación global del mercado. El segundo, de tipo microeconómico, mediría el efecto sobre los sujetos participantes en los programas —oportunidad de salida del paro, estabilidad...—.

Aunque los métodos de evaluación de las PAE son múltiples, siendo por tanto diferentes los indicadores económicos y sociales para intentar «medir» su eficacia, queda claro que en todos ellos late la necesidad de asegurar tanto un *equilibrio entre la mejora efectiva de las oportunidades de empleo ofrecidas y el mantenimiento de incentivos suficientes*, sea para contratar sea para buscar activamente empleo, *cuanto una intervención en tiempo útil*, de modo que se actúe cuando la empleabilidad de los destinatarios sea relevante —*gestión preventiva o anticipada*—. Para conseguir tales objetivos no sólo hay que identificar convenientemente los colectivos con más riesgos de pérdida de empleo, o con mayores tasas de inactividad, sino también seleccionar adecuadamente las medidas más eficaces en cada caso, al

³ Por ejemplo Informe CES «*Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo*», Informe 1/2005, página 59. En él se recogen algunas referencias a estudios empíricos sobre evaluación de PAE.



objeto de evitar la perpetuación de situaciones o, incluso, el agravamiento de éstas.

Una vez más, de esta necesidad es consciente el Acuerdo Social, por lo que marca dos objetivos básicos. El primero pretende llevar a cabo esa *Evaluación* de todos los Programas que integran las PAE, si bien pospone tan ambiciosa meta para el segundo semestre de 2006. El segundo es algo más concreto, aunque de no fácil articulación jurídica, y se concreta en la configuración de *las acciones de empleabilidad como un auténtico derecho subjetivo*. A tal fin, y también por emulación de ciertas garantías dispuestas para la exigibilidad de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, se establece una garantía temporal. Así, se propone el reconocimiento del derecho a una oportunidad de empleabilidad real, sea en términos de empleo en sentido estricto sea de formación para el empleo, en un periodo o plazo no superior a 6 meses desde la inscripción en la oficina de empleo.

El RD-Ley no hace referencia a ninguno de estos dos objetivos-medidas. Al primero sin duda porque no es la tarea más propia de una norma legal, aunque tal contenido programático no sea completamente extraño a las típicas cláusulas de cierre de normas de esta guisa. Al segundo porque, si bien la norma, legal o reglamentaria, es el ámbito más apropiado para este tipo de garantías, parece claro que el marco normativo de referencia debía ser la LE y no la legislación laboral o de seguridad social, que son los ámbitos reformados. Sin duda la LE podría haberse reformado, introduciendo esta garantía con rango de Ley, o haber remitido a un desarrollo reglamentario. Sin embargo, en la medida en que el desarrollo reglamentario de la LE ha quedado también remitido, como veremos en el próximo apartado, a un Grupo de Trabajo, no ha parecido al Gobierno adecuado incluir ahora esta referencia, para nosotros auténticamente crucial y que verdaderamente marcaría hitos en la transición desde la pura «discrecionalidad» de los programas a su imprescindible «juridicidad».

En cambio, el RD-Ley se limita a desarrollar con profusión la que ha sido la política más recurrente en materia de fomento del empleo, la de incentivos económicos dirigidos a los empleadores. La nueva norma lejos de cuestionar reforzaría el recurso a esta política. Sin embargo, parece ignorarse que sobre ella se vienen arrojando importantes sombras, que generan dudas sobre su eficacia real y sobre su eficiencia. La razón es que, por lo general, a su existencia suele vincularse efectos positivos, al atender a una perspectiva global sobre su incidencia en la reducción del paro y el aumento del empleo, pero sin atender o descontar algunos efectos perniciosos. Entre estos destacan:

- el denominado efecto «ganga» o «peso muerto», que consiste en la evidencia de que una parte de los desempleados que obtienen un empleo tras participar en algún programa lo habrían obtenido igual sin él

- el denominado efecto sustitución o «desplazamiento», tanto entre personas como entre empresas, en virtud del cual algunos de los participantes o destinatarios de los programas hubieran accedido igualmente al empleo, pero conforme a otras modalidades de contratación, o bien hubieran accedido otros y no los beneficiarios — lo que en términos económicos puede ser un problema, pero en términos sociales no, en la medida en que precisamente este efecto es el buscado en muchos de ellos para favorecer la inserción de los que tienen más dificultades—
- el efecto «rotación», por el cual los beneficiarios obtienen un empleo de corta duración como consecuencia del programa, para luego volver al paro

No obstante, el RD-Ley no es completamente ajeno a este imperativo de evaluación *de la eficacia* de los programas de fomento de empleo⁴. En este sentido, como se sabe, se ha procedido a cambiar el método de cálculo de estos incentivos, pasando de las habituales «bonificaciones» de la cuota de seguridad social fijadas por reducción de porcentajes en atención a los diferentes colectivos beneficiarios, a cantidades fijas, también determinadas en atención a cada colectivo. La razón reside, como es igualmente conocido, en la necesidad de incentivar la contratación de quienes más sufren la rotación —los puestos de menor salario y cualificación—, no de los que ocupan puestos con mayor cualificación y nivel salarial. Lo mismo revela la ampliación del tiempo de disfrute de los incentivos —como regla general ha pasado de 2 a 4 años—. De este modo, se habría afrontado, si quiera limitadamente, el control de los referidos efectos nocivos de «desplazamiento» —de los contratos de menos cualificados por los más cualificados— y de rotación de desempleados que son contratados sólo en el marco del beneficio del programa para luego volver al paro.

4.3. El desarrollo reglamentario de la Ley de Empleo y la actividad de intermediación entre lo público y lo privado

4.3.1. *Las deficiencias del actual marco legislativo en materia de Empleo: una visión panorámica*

Pese a su modernidad cronológica, pues data de 2003, la Ley de Empleo no responde adecuadamente a la realidad de los sujetos que intervie-

⁴ La necesidad de evaluar las Políticas Públicas se revela hoy como un objetivo no sólo prioritario sino inexcusable para cualquier ámbito de intervención que supongan gasto público. A este cambio de visión colaboran imperativos no sólo de orden económico, como es la de



nen en el mercado de empleo. Desde esta perspectiva, la LE no sólo carece de algunos contenidos mínimos exigibles a una LE moderna, como un estatuto de derechos y garantías de efectividad de los sujetos titulares del derecho social al empleo, sino que obvia la existencia de algunos agentes de empleo que vienen actuando en el mercado desde hace años. De este modo, no sólo no se muestra ajustada a la realidad del mercado sino que tampoco responde a algunos imperativos de regulación exigibles desde la normativa internacional vigente, como el Convenio número 181 de la OIT.

Asimismo, a día de hoy, casi 3 años después de su entrada en vigor, la Ley de Empleo carece de desarrollo reglamentario. Las novedades que incorporaba esta Ley, y el carácter esencialmente programático, conforme a su dimensión de «Ley-marco» o «Ley de principios» que aquella Ley asumía exigían, y exigen, un adecuado desarrollo reglamentario que permita garantizar el funcionamiento efectivo del complejo modelo ordenador de PAE diseñado en ella. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la LE desarrolla un concepto integral de política de empleo cuya amplitud obliga a precisar, con mayor funcionalidad que la establecida en la LE, los términos de ejecución de los diferentes programas, así como las condiciones de actuación de los diferentes sujetos del mercado.

Pues bien, los sujetos firmantes del Acuerdo Social son conscientes de esta segunda deficiencia, no de la primera. De ahí que, como ya sucediera respecto de otras materias relevantes y de ámbitos conexos, como la ordenación del fenómeno inmigratorio, hoy integrado en parte dentro de la política de empleo, los interlocutores sociales y el Gobierno hayan decidido afrontar la solución a los desajustes entre la norma y la realidad a través de un desarrollo reglamentario más ajustado. Se da «por bueno», pues, el marco legislativo, ignorando las referidas carencias, y se propone un desarrollo en profundidad de la Ley a través del instrumento reglamentario. Pero más que por el objetivo, la limitación de la «reforma» viene del muy poco comprometido instrumento elegido para llevar a cabo esta actuación, pues se trata de la remisión a la constitución de un «Grupo de Trabajo Tripartito» con competencias de estudio

Cierto que, como en otras ocasiones, el Acuerdo —recuérdese que el RD-ley ignora por completo esta cuestión— ofrece algunas indicaciones orientadoras para conducir este estudio. Aunque no se descartan otras, las 3 líneas estratégicas que se proponen son las siguientes:

controlar el gasto público, sino también sociales, como es el garantizar la eficacia y calidad de los servicios y prestaciones que se llevan a cabo en beneficio de los ciudadanos. A título de ejemplo *vid.* la creación de la *Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de Servicios*, conforme a la DA 1.ª de la Ley 28/2006, 18 julio, de Agencias Estatales

- a) reforzar el *carácter individualizado de las políticas activas de empleo*, incluso su «ergonomía», en el sentido de predisponer los instrumentos que permitan la máxima adaptación de cada política a las especialidades de cada colectivo de sujetos urgidos de protección⁵.

En realidad este tratamiento individualizado no deja de ser sino una manifestación más de la creciente dimensión personal que adquiere el proceso de búsqueda de empleo. Frente a la gestión «estandarizada» tradicionalmente dada a esta materia, fuente de frecuentes quejas por excesiva burocratización y formalismo de este servicio, se imponen acciones adaptadas no ya a cada colectivo sino a cada persona

- b) profundización del *carácter selectivo* de las PAE, en cuanto que se vuelve a poner el énfasis en colectivos como las mujeres, los jóvenes y las personas con discapacidad, sujetos beneficiarios habituales de estas políticas

No obstante, queda igualmente reflejada la evolución del mercado de trabajo español, de modo que aparece una referencia expresa a nuevos colectivos, y en especial a la población inmigrante. En realidad el Acuerdo no hace sino reflejar el propio mandato legal, pues ya la LE recogió por vez primera a los inmigrantes como un colectivo prioritario para las políticas activas de empleo (artículo 26 LE). En buena técnica jurídica esta inclusión debería significar un cambio importante en el tratamiento que este tema recibe en la legislación específica, como el «visado por búsqueda de empleo» y los procedimientos de arraigo socio-laboral

- c) *redefinir el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo*, como son los Servicios Públicos de Empleo, las Entidades Colaboradoras, Agencias de Colocación y las «Empresas de Recolocación»

A la vista de este listado, que bien puede entenderse como puramente enunciativo, cabe concluir que «ni están todos los que son, ni son todos los que están». *No están todos los sujetos que actúan hoy en el mercado como «agentes de empleo»*, aunque sí tengan esa caracterización en la práctica y en el Convenio número 181 OIT, como las Empresas de Trabajo Temporal —ETTs—, y en buena medida las «*empresas multiservicios*», que están actuando, con muy dudosa legalidad y radical deslealtad de mercado como alternativa a las ETTs. Podría pensarse que esta exclusión se debe a que no aparecen como tales en la LE, que incluso las excluye. Pero es que *tampoco son todas las que están*, porque las «empresas de recolocación» (*outplace-*

⁵ En la línea ya apuntada por algunos Servicios Públicos de Empleo, como el SAE en relación al «*Plan de Empleabilidad de las Personas Con Discapacidad*», a elaborar conforme al Decreto 30/2006, 7 de febrero

ment) no tienen hoy cobertura legal alguna, aunque es cierto que actúan en nuestro mercado en siempre como «agentes de empleo», por el tipo de servicios que prestan a las empresas clientes y a los sujetos beneficiarios de estas *técnicas de autocolocación asistida*, y en ocasiones como auténticos «*sujetos intermediarios*», pese a no estar autorizados para ellos.

4.3.2. *Claves para la reordenación global de los «agentes de empleo» en el mercado: empresas de gestión integral del empleo y de recolocación*

De este modo, el Acuerdo parece obviar un ámbito urgido de una reflexión profunda a la luz de la evolución experimentada estos últimos años por el mercado de trabajo, mientras que, en cambio, evidencian una cierta atención a otro también necesitado de una intervención reguladora adecuada. Sin embargo, a nuestro juicio, *es inexcusable atender globalmente al mercado*, atendiendo la evolución tanto de la «*cesión*» —*interposición contractual*— como de la «*intermediación*». En esta dirección, no por casualidad el análisis de las más relevantes experiencias reformadoras de los países de la UE más influyentes evidencia cómo, entre las estrategias de revisión orientadas a la mejora de la eficacia competitiva de los sistemas de colocación, se sitúa la tendencia a abrir el campo de actuación a «*agencias privadas de empleo*».

Cierto, conforme a la más clásica construcción, estos conceptos se tienen por jurídicamente diferentes, diferenciados y diferenciables por las muy diferentes consecuencias que conlleva. Pero hoy se evidencia que entre ellos no es posible, o cuando menos no es tan fácil como antaño, trazar una línea de distinción segura, y mucho menos si se atiende, como no puede ser de otra manera, a las actuales prácticas de un número crecientes de empresas que intervienen cotidianamente en los mercados de los diferentes países de la UE. La falta de una delimitación rigurosa del concepto de intermediación por la LE no facilitará el tema, como tampoco lo hará la reforma del artículo 43 LET en orden a convertir en «palabra de ley» lo que hasta ahora sólo era «palabra de jurisprudencia», pero sin añadir ninguna *nueva palabra de Derecho*, no obstante la existencia de nuevas realidades socioeconómicas.

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que son múltiples las nuevas realidades prácticas que intervienen desde hace tiempo en los mercados, beneficiándose de un elevado margen de desregulación legal, entendemos que en la actualidad al menos dos de ellas evidencian una especial necesidad de atención, por los interlocutores sociales y por los poderes públicos. En particular, nos referimos a las dos siguientes *tipos de empresas de gestión de servicios* vinculados a la política de colocación en particular y de empleo

en general. Aunque ambos tipos exigen ser diferenciadas en el plano socio-económico y en el plano jurídico, presentan algunas características comunes que hacen especialmente aconsejable su exposición conjunta. A saber:

- a) las *empresas multiservicios de colocación*, que en buena medida suponen una evolución desde las ETTs a las *Empresas de Gestión Integral de Servicios de Empleo*
- b) las *empresas de recolocación —outplacement—*

Por lo que respecta a las primeras, y en relación al concepto de «cesión», ha venido siendo habitual entender que la «cesión permanente» de trabajadores era ilegal. Y lo era no ya sólo porque el ordenamiento venía contemplando formalmente la «cesión temporal» y para prohibirla, salvo la excepción de las ETTs, sino porque se consideraba que realmente no estábamos ante un supuesto materialmente de «cesión», sino lisa y llanamente de «intermediación», que en la medida en que no se realiza ni por servicios públicos ni, una vez más, por entidades autorizadas, «agencias privadas de colocación», habría de considerarse ilegal. Pues bien, el generalizado proceso de «externalización» de un número creciente de actividades empresariales ha evidenciado no ya sólo su posibilidad, sino su utilidad económica y ocupacional, aunque represente una anomalía jurídica: se trata de una forma de relación mediata o triangular acorde con las nuevas formas de organización del trabajo y nuevos modos de producción, esto es, acorde con una nueva división empresarial del trabajo.

En consecuencia, si la «cesión» no significa ya necesariamente un fraude a las normas que regulan la contratación laboral, tampoco su carácter «permanente» ha de implicar un resultado patológico de este tipo necesariamente. En este sentido, en ciertas experiencias jurídicas, se ha legalizado y regulado esta figura. Precisamente, la existencia en los ordenamientos europeos hoy de un «sujeto profesional» dedicado a la «cesión de trabajadores», las ETTs, y por tanto el contar con una regulación, permite atribuir estas nuevas actividades en un marco relativamente reconocible

Pero en este contexto parece oportuna una significativa reordenación del régimen jurídico de las ETTs. Desde cada vez más sectores de opinión, se pone de relieve que su rígido entendimiento como «agentes de empleo» dedicados en exclusiva a la «cesión temporal» choca con la proliferación de nuevas empresas que realizan actividades análogas bajo la cobertura del generoso artículo 42 LET, por lo tanto en una situación de «competencia desigual». En este sentido, ciertas reformas en diferentes países de la UE han promovido la eliminación de ese carácter de exclusividad, para atribuirles el desarrollo de otros «servicios», tales como la selección de personal, la recolocación e, incluso, la intermediación.

Estas reformas pueden verse, desde la perspectiva de valoración de las ETTs, como un régimen de flexibilización de su régimen jurídico, al que-



brar una de sus principales restricciones para acceder a mayores cuotas de mercado, la exclusividad, y en consecuencia entenderse favorecedoras de la «temporalidad» y la «inestabilidad». Por lo tanto, en un contexto que prima la «calidad» esta propuesta parecería moverse a contracorriente. Las cosas sin embargo no son, una vez más, como pintan.

Primero porque la flexibilización del régimen jurídico de las ETTs no es una opción de política jurídica completamente ajena a esta reforma laboral. Téngase en cuenta en este sentido la expresa derogación del recargo de cuotas del 1% que pesaba sobre este tipo de contrataciones. Asimismo, los propios interlocutores sociales al máximo nivel, en los espacios confederales, ya han dado una clara señal indicativa de eliminar la política de cerco a las ETTs, comprometiéndose a depurar la negociación colectiva de cláusulas de restricción o prohibición de contratar con ETTs. Así se recogió en el artículo 12 IV CC Estatal de ETTs y así se afirma en el ANC 2005.

Segundo, esta lógica flexibilizadora respecto de las ETTs puede no serlo tanto si se adopta una perspectiva más global del mercado de «servicios de ocupación», en la medida en que esta reforma llevaría a la regulación de un conjunto de actividades que, al día de hoy, son realizadas por una gama amplísima de sujetos y entidades para los que no existe una regulación específica.

Nos referimos, por ejemplo, a las *empresas multiservicios*, que funcionan como alternativa en muchos casos a las ETTs pero en condiciones de competencia claramente desigual, pero también a las «*empresas de selección*», sobre las que ninguna regulación queda hoy en nuestro ordenamiento, o para las «*empresas de recolocación*» —outplacement—. Por tanto, respecto de estas otras empresas se produciría un mayor control, con lo que ganaríamos en transparencia de mercado y en eficacia de gestión, al tener todos los competidores reglas análogas de juego.

Tercero, en la práctica, esta ampliación de funciones a cargo de las ETTs ya se está produciendo, de modo que queda orillada esa restricción de exclusividad. Así lo pone de relieve la frecuencia con que las ETTs fomentan la creación de su propia empresa de servicios, para hacer competencia a éstas con sus mismas reglas, o la pertenencia de todas ellas a un gran grupo empresarial —por ejemplo *Flexiplan*—.

Podría pensarse que con esta propuesta se estaría operando un cambio de concepción en las ETTs, en la medida en que pasarían de ser «empleadoras temporales» a «proveedoras de servicios de gestión integral» del personal en los mercados de empleo. Esto es, quedarían integradas netamente en el marco de las políticas de empleo, tal y como ya aparece en las referidas experiencias europeas. Al respecto cabría realizar las siguientes observaciones.

La primera es que tampoco esta comprensión de las ETTs sería realmente innovadora u original, por tanto en nada rupturista, en la medida en que, cualquiera que sea la visión formal que de las mismas se tenga —o se

haya tenido—, lo cierto es que en la práctica han venido actuando como auténticas «empresas de colocación», incluyendo funciones de «mediación» en el mercado. La marcada diferencia formal entre «agencias de colocación» y «ETTs» se diluye en la práctica.

La segunda es que tampoco habría problema alguno en aceptar esta aceptación plena de su funcionamiento en el marco de los «agentes de empleo», en la medida en que una vez que se ha reconducido su funcionamiento práctico a la regulación normalizada, siguiendo pautas análogas a la contratación directa, no debería sospecharse de su actividad. Asimismo, la instrumentación de sus infraestructuras y conocimientos del mercado al servicio de una mejor política activa de empleo, incluida la colocación —en sentido más amplio, pero incluyendo, la intermediación—, no tendría que generar problemas insalvables, ni técnicos por supuesto ni políticos.

En tercer lugar, esta es la calificación que ya le atribuye el Convenio número 181 de la OIT. Esta norma, como se sabe, aún estando en vigor para España antes de la Ley de Empleo, pues lo está desde 1999 y la LE es de 2003, está pendiente de una adecuada integración en nuestro ordenamiento. La adecuación que en términos generales puede predicarse de nuestra legislación a la normativa internacional no impide que, para ciertos aspectos, sea necesario un esfuerzo de ajuste más significativo. Tanto el referido proceso de evaluación de políticas activas como, sobre todo, la reordenación de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo, al hilo del desarrollo reglamentario, deberían ser factores que impulsarán en esa dirección revisora, sin que quede fuera ninguno de los sujetos que ahora intervienen, sin control y en condiciones dispares, en el mercado de empleo y trabajo. En definitiva, la LE dejó expresamente fuera esta cuestión. La única referencia legal era la de remitir a su ley reguladora. Pero es obvio que esta situación de «indiferencia» o «incomunicación» entre ambos espacios reguladores parece hoy de razón.

En cuarto lugar, puede detectarse una corriente de opinión favorable a esta ampliación. Por supuesto se encuentra en el sector empresarial, que cuenta con diversos documentos en los que, con objeto de aportar ideas para eventuales reformas laborales, recomendaba *«que se incentivara la operación de las empresas de trabajo temporal y los servicios privados de colocación que, en competencia con el INEM —hoy SPEE—, animarían a éste a conseguir una mayor efectividad. Una posibilidad que merecería consideración es la de permitir que dichos servicios operen a semejanza de los head-hunters y que, como éstos, cobraran una prima de éxito cada vez que logaran una colocación»*. Una idea igualmente presente en el conocido Informe KOK (2003), que entre los mensajes dirigidos a España se resalta el «desarrollar las empresas de trabajo temporal» como sujeto activo del mercado, para resolver algunos de los problemas que éste presenta

Un planteamiento que, en «fase preparatoria» ha estado igualmente presente, por así decirlo, en la fase de «propuestas» de la última reforma, esto es, en la fase de «rondas eliminatorias», al tener cabida en el Documento que inició el proceso de reforma laboral que ahora ha culminado, aunque no tuviera predicamento alguno en este punto, como en tantos otros. Así, el célebre Grupo de Expertos para el Diálogo Social, consideraron oportuno que se reconociera «*un papel superior al actualmente atribuido a las ETTs*»⁶.

Con esta opción no hacían sino reflejar una marcada evolución en las diferentes políticas de reforma que, con un mismo objetivo, se han venido produciendo en los países europeos con una economía más importante aunque, también es cierto, en situación de estancamiento o, incluso, de crisis, como habría sucedido en Alemania, Italia o Francia, por referir a los ejemplos más relevantes, aunque no los únicos. Naturalmente no proponemos seguir con mimetismo el «plan» de reforma seguido en ellos, porque ni es idéntico en todos los casos ni está exento de significativas críticas, por la excesiva laxitud con que queda recogida esta posibilidad de ampliar la intervención de ETTs —en Italia— o Agencias Privadas —en Alemania—. Lo que sí quiere evidenciarse es que ya contamos con experiencias no desdeñables que apuestan por ampliar el campo de acción de las ETTs desde esta consideración como una empresa de gestión integral de servicios para la colocación, incluyendo la contratación misma —interposición—, sin que ello tenga que suponer una, por otro lado insostenible, reducción de garantías⁷.

En cambio, en el Acuerdo Social sí se ha contemplado la necesidad de atender a nuevas realidades empresariales que actúan en el mercado como «agentes de empleo», aunque lo hagan hoy al margen de cualquier cobertura legal y, por tanto, en un marco de extrema incertidumbre, tanta como la tasa de éxito que se atribuye a su gestión. Nos referimos ahora a las denominadas «*empresas de recolocación*». Por tal se entiende la empresa que, mediante un contrato de asistencia o consultoría celebrado con una empresa que decide llevar a cabo determinados despidos, presta un nuevo servicio de capacitación, durante un tiempo determinado, para la búsqueda de empleo o retorno al mismo a trabajadores que sufren aquellos procesos de reajuste empresarial de plantilla⁸.

⁶ Por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. «El nuevo papel de la ETTs en España». En AA.VV. (Dir. M. F. FERNÁNDEZ y J. CALVO), *Diez Años de ETTs en España*. Sevilla.2004. En el mismo sentido, aunque algo más crítica, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «*Las nuevas normas de política de empleo*». RL 2005-I.

⁷ Para el ambivalente caso italiano *vid.* M. BIAGI, C. AGUT, M. TIRABOSCHI, «Italia: un derecho en evolución (El Libro Blanco del Gobierno sobre mercado de trabajo)». *Justicia Laboral*, número 13, 2003.

⁸ Cfr. M. A. SASTRE CASTILLO, «Outplacement: una aproximación a su realidad teórica». *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Número 6, 1995, página 187.

De este modo, puede comprobarse cómo estamos ante un nuevo supuesto de «relación triangular», entablada por los siguientes sujetos:

- una *empresa contratante* del servicio de recolocación (empresa cliente),
- el *beneficiario* del servicio de capacitación para el pronto retorno al empleo (trabajador en proceso de reajuste de empleo, o bien ya despedido), y
- la *empresa que presta el servicio* de capacitación para la búsqueda de empleo (empresa consultora)

Un cuarto sujeto, el oferente del nuevo empleo, por lo general, queda al margen de la relación. De ahí, que un sector doctrinal nutrido considere que no estemos ante una forma de intermediación en sentido estricto, pues no hay comunicación formal entre el demandante de empleo y el oferente. Ahora bien, lo que no es tampoco dudoso es que, tanto por el objeto del servicio concertado a favor del trabajador —ya tenga la relación extinguida ya en tanto se encuentre en el proceso extintivo—, como por las técnicas usualmente empleadas por las empresas consultoras o prestadoras del servicio de recolocación o retorno al empleo, se trata de una «*agencia de empleo privada*». En este sentido, la amplia gama de programas o servicios que puede prestar la empresa consultora, atendiendo al contrato y a sus técnicas usuales, dejan en evidencia situaciones nada infrecuentes en las que estamos ante auténticas actividades de intermediación. En cualquier caso, la calificación de «*agencia privada de empleo*» resulta hoy innegable atendiendo al artículo 1.1 c) Convenio número 181 OIT, que las incluye, conforme al Informe realizado en su momento por la 81.ª Conferencia de la OIT, en el tercer grupo de las consideradas como tales a las que prestan servicios «*relacionados con la búsqueda de empleo..., como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas*».

El carácter extremadamente abierto de esta categoría ha sido continuamente evidenciado por la doctrina que se ha acercado sobre el particular. De ahí, que un amplio abanico de sujetos que intervienen en el mercado de trabajo pueda tener cabida en tal categoría, como las tradicionales «*empresas de selección*», o los más recientes pero reglamentariamente tipificados «*servicios integrados para el empleo*» —SIPES—, o las atípicas «*empresas de recolocación*», o cualesquiera agencias, incluso puramente virtuales, que realicen actividades relacionadas de alguna manera, directa o indirecta, con el mercado de trabajo, distintas a las «*agencias de colocación*» —que están en la primera categoría— y a las ETTs —que están en la segunda—⁹.

⁹ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, M. J. DILLA CATALÀ, «El Convenio sobre las Agencias de empleo privadas». *Actualidad Laboral*, número 4, 2000; R. LOPEZ PARADA, «Transferencia y privatización del servicio público de colocación». *RTSS-CEF*. Número 212. 2000.



Sin embargo, como es bien sabido, la LE, no obstante su modernidad cronológica, no da cuenta de esta pluralidad real de sujetos que intervienen en el mercado de trabajo, realizando o no actividades de intermediación laboral en sentido propio pero en todo caso prestando servicios ligados al actual *concepto de colocación* o de capacitación para la inserción en, o retorno al, empleo. Al contrario, la LE sólo refiere a la versión dual más tradicional como sujetos legitimados para intervenir en la actividad de intermediación: los servicios públicos y las agencias privadas sin ánimo de lucro debidamente autorizadas —aunque «congeladas» en algunas CCAA, como Andalucía—. Deja fuera incluso figuras ya reguladas reglamentariamente, como los SIPES (RD 735/1995).

De este modo, se cerraría formalmente el acceso a las empresas que presten *servicios ocupacionales o de colocación* a cambio de una contraprestación económica¹⁰. Y decimos formalmente porque la realidad práctica es mucho más tozuda al respecto. No es ya sólo que estos sujetos existan y se desarrollen ante la mirada indiferente de los poderes públicos, sino que éstos recurren a aquéllos para gestionar sus propias funciones, en la confianza de que prestan servicios más competitivos y eficaces para el objetivo social de la inserción ocupacional.

En efecto, podemos encontrar en el mercado empresas que recurren como único objeto social al desarrollo de los métodos de autocolocación asistida típicos de los nuevos servicios públicos de empleo. Una actividad que se articula tanto mediante programas individuales, ayudando al trabajador a gestionar su proceso de retorno a un empleo perdido por una decisión empresarial extintiva —recolocación—, sin que ello suponga directamente buscarle el empleo —intermediación en sentido estricto—, cuanto a través de programas colectivos o grupales. Este último caso, que se concreta en «bolsas de empleo» selectivas —sólo para el colectivo afectado— y coyunturales —sólo para esta ocasión—, o «*antenas de empleo*» o «plataformas» de búsqueda de empleo creadas *ad hoc*, suele vincularse a situaciones de crisis empresarial y ajustes de plantilla mediante regulaciones de empleo. Pero al mismo tiempo, como se decía, tanto la autonomía colectiva, en el marco normalmente de estos procesos de gestión concertada de las regulaciones de empleo, cuanto el servicio público de empleo, aceptan esta vía como adecuada para crear alternativas a la tutela puramente indemnizatoria,

¹⁰ La diferencia entre «intermediación» y «colocación» no se fija en la LE, pero se presupone por la definición muy limitada de intermediación. Así, el artículo 20 define la intermediación como el «conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación». Para un muy meritorio intento de clarificación, aunque sin aportar criterios definitivos a nuestro juicio, puede verse J. L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*. CARL, Sevilla. 2001.

en el primer caso, o a la cronificación de la situación de desempleo de ciertos colectivos, en el segundo caso —ejemplo *contrato del INEM y la AECO de 2002*—

Los problemas jurídicos que se suscitan son evidentes, pues de su calificación o no como «agentes mediadores» del mercado de empleo va a depender su consideración como empresas con actividad legal o ilegal. La incertidumbre es máxima en el actual contexto socio-económico y normativo-institucional. La solución contraria a su legalidad, propuesta por cierto sector, llevaría de inmediato a excluir la posibilidad de que un creciente número de empresas puedan seguir prestando servicios de este tipo, siendo como es un mercado en auge y con un volumen de negocio y beneficio que ya alcanzan un cierto relieve. La solución favorable a la legalidad podría conllevar el que se tolere la presencia de entidades que no cumplen los requisitos legales establecidos y que, en todo caso, son ajenas al inexcusable control público.

En consecuencia, la situación que genera el vacío legal es análoga a la que acabamos de ver en relación a las «empresas multiservicios» en materia de empleo, que bien pudieran ser consideradas como «*empresas de gestión integral de servicios de empleo*», como las que se reconocen en Italia o en Alemania a partir de la ampliación de actividades en el mercado de trabajo para las ETTs. Cualquiera que sea la posición respecto de su legalidad, para lo que se encuentran argumentos en uno u otro sentido, se insiste, lo cierto es que, como se dijo respecto de los nuevos supuestos de cesión, la continuidad de la actitud abstencionista por parte del legislador lleva a reconocer la existencia de empresas o entidades que ocupan posiciones de privilegio respecto de otras —las empresas multiservicios respecto de las ETTs, las empresas de recolocación respecto de las agencias de colocación sin ánimo de lucro—, quedando unas bajo un significativo control público y otras al margen de él. Por lo tanto, elementales exigencias de transparencia, igualdad y coherencia evidencian lo insostenible de esta situación desreguladora, por lo que es necesario afrontar ese proceso de tipificación, como ya ha sucedido en otros países europeos —ejemplo Holanda, Suecia, Bélgica—¹¹.

En suma, el necesario desarrollo reglamentario de la LE y la constitución del referido Grupo de Trabajo deberían ser un buen momento para reflexionar en profundidad sobre estas nuevas realidades y sobre el nuevo contexto político, institucional y normativo. Las conclusiones finales deberían llevar a proponer una amplia regulación de ajuste no ya sólo de nuestra le-

¹¹ Cfr. para un detenido análisis, con ejemplos ilustradores, si bien sobre una rígida tesis favorable a la ilegalidad de estas empresas en tanto no se establezca una regulación específica que a nosotros nos parece extrema, G. M. SOBRINO GONZÁLEZ, «Las empresas de outplacement y la intermediación laboral». *RL* 7/2006.



gislación a la legalidad internacional, sino a la evolución de los países de nuestro entorno y, por supuesto, y prioritario, a nuestra propia realidad de mercado.

Como hemos evidenciado, este mercado conoce una creciente gama de sujetos que intervienen en él cuya regulación no puede ventilarse con el simple, y obsoleto, esquema binario de *la prohibición como regla* —de la cesión, de la intermediación privada—, y *la autorización de sujetos privados como excepción* —autorización de muy limitados sujetos: ETTs, agencias «privadas» de colocación—. Este esquema dual, que quizás un día pudo plantearse como más garantizador para los trabajadores, hoy no sólo se muestra incapaz de proteger los derechos inexcusables de los trabajadores, incluidos los que no lo son actualmente pero demandan empleo, sino que agrava su situación, al crear circuitos preferenciales de empleo para unos trabajadores respecto de otros que quedan al margen del control público, por lo que tampoco el principio legal de la transparencia consigue mantener una elemental vigencia.

5. REFLEXIÓN FINAL

Entre las diversas políticas activas de mercado de trabajo, la reciente reforma pactada entre interlocutores sociales y Gobierno, y ya formalizada en su núcleo más relevante por el RD-Ley 5/2006, ha apostado claramente por la más tradicional e incierta de todas, como es la de fomento de la contratación indefinida mediante una amplia gama de incentivos económicos —bonificaciones, reducciones de los tipos de cotización...—. En cambio, ha dejado en la sombra la suerte que correrán otras que están llamadas a tener un efecto más incisivo, cuando menos en el plano cualitativo, en orden al objetivo de revisar, previa evaluación, la actual «política de empleo», conforme a nuestros compromisos comunitarios. Estos compromisos nos obligan a reforzar las potencialidades de las políticas clásicas en esta materia, pero también a evidenciar sus numerosas limitaciones y, consecuentemente, a plantear una corrección de la mismas, orientada desde los parámetros de la eficacia social —inserción real de las personas desempleadas en un empleo de razonable calidad— y de la eficiencia económica —garantizar que se dedican los recursos óptimos para alcanzar los objetivos—.

Desde esta perspectiva revisora, razones jurídicas, razones sociales y razones económicas empujan o presionan para que interlocutores sociales y poderes públicos —Gobierno de la Nación y Gobiernos Autonómicos— avancen más decididamente por la senda de la «modernización» del entero «Sistema Nacional de Empleo», tanto en relación a las Políticas Activas de Empleo que gestionan como a los sujetos que las implementan. En el primer caso, de la comprometida evaluación, ha de salir un ambicioso progra-

ma de renovación de las medidas contempladas hasta ahora, atendiendo más de cerca de sus efectos y, sobre todo, a los demandantes de empleo.

En este contexto, quizás no estaría de más atender la experiencia de aquellos países que no sólo apuesta por incentivos, en términos de las más diversas técnicas de ayuda, a los empleadores para que contraten a desempleados, sino también por un amplio catálogo de ayudar dirigidas directamente a los demandantes de empleo. En esta dirección, entendemos necesario incidir en la remoción de cuantos obstáculos imposibilitan que las medidas programadas para el fomento del empleo de determinados colectivos, como las personas con discapacidad por ejemplo, cumplan con razonable eficacia su objetivo. Hoy ya no es posible ignorar, sobre todo en el plano legislativo, que algunas de esas políticas cuentan ya con casi un cuarto de siglo y que apenas se han modificado, normativa e instrumentalmente, en este largo periodo, como en gran medida inmodificada sigue la situación que pretendía corregir o remover.

Junta a la evaluación de las políticas activas de mercado de trabajo —también las «pasivas»— queda claro que la tantas veces referida «modernización» del Sistema Nacional de Empleo, en su componente pública, estatal, autonómica y local, como civil, privada y social, sigue siendo una clave inexcusable para mejorar la eficacia de aquellas políticas. Pero también es hora ya de dotar este objetivo de un contenido no sólo real sino viable, creíble, a diferencia de lo que viene sucediendo en estas dos últimas décadas, desde 1984. Sin duda, desde esta óptica, hay que avanzar en nuevos modos de gestión del servicio público en esta materia, desde el fomento del recurso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación hasta el perfeccionamiento de las técnicas de autocolocación, pasando por el predominio del denominado «enfoque preventivo».

Esta gestión preventiva del desempleo es una de las principales claves de comprensión de la LE, pero apenas si ha tenido concreción. Por eso, una vez más, podría ser útil mirar lo sucedido en otros países comunitarios, en los que se apuesta, desde diferentes regímenes, por la denominada inscripción y búsqueda anticipada de empleo, a partir de la cual se pretende mejorar la eficacia del sistema adelantando la gestión del problema e impidiendo una pérdida de empleabilidad por parte del trabajador y/o demandante de empleo. Queda claro que este énfasis en la gestión preventiva acarrea nuevas obligaciones para el demandante de empleo, en orden al suministro de información y capacitación para la búsqueda diligente de empleo, pero ni puede suponer una merma de sus derechos de prestación social, ni tampoco un agravamiento de su posición «disciplinaria» en orden a la posibilidad de perder aquellos derechos.

Pero la modernización del SNE debe significar también el reconocimiento de las prestaciones de servicios de empleo como un auténtico dere-



cho subjetivo, reconociendo garantías de exigibilidad, en términos análogos a los apuntados por el Acuerdo Social y ya concretados en el SNS. La garantía de un plazo máximo para acceder a una oportunidad real de empleo, en términos de ocupación o de formación óptima para el empleo, es ineludible. Y, como sucede en el SNS, si los servicios públicos de empleo no están en condiciones de cumplirla o satisfacerla directamente, a través de sus propios recursos, ha de garantizarse que puedan acceder a los «agentes privados de empleo», tengan o no ánimo de lucro, siempre y cuando se garantice la cobertura financiera por los poderes públicos o los empleadores.

Precisamente, y en conexión con esta última constatación, queda claro que el gran eje de la reforma debe ser una reordenación global de los sujetos que intervienen en el mercado de trabajo prestando servicios orientados a la colocación y al empleo. Pese a la juventud cronológica de la Ley de Empleo es ya hoy evidente para la inmensa mayoría de sus analistas que nació desfasada. Cubierto el gran objetivo de la LE, que no era sino reconocer la presencia de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en el Sistema, si bien no de forma neutral sino tratando de asegurar o «blindar» la primacía del Servicio Público de Empleo Estatal, y planteado el objetivo de la coordinación, aunque no asegurado en la norma legal, la nueva legislación se situó de espaldas tanto a la nueva legalidad internacional —el Convenio número 181 OIT— como a la propia realidad de nuestro mercado. Buena parte de la creciente pluralidad de sujetos que, bajo diferentes denominaciones y regímenes, intervienen en él, incluyendo actividades de intermediación, además de otras de colocación, quedó al margen de la previsión legal. En consecuencia, es difícil pensar que con el sólo desarrollo reglamentario, pendiente pero ya comprometido por el Gobierno y sus interlocutores sociales, puede realmente afrontarse la amplia gama de cuestiones que suscita la regulación de las actividades contemporáneas de cesión, intermediación e interposición lícitas.

En suma, y conforme ilustran algunas experiencias relevantes de nuestro entorno económico y cultural, especialmente en el ámbito de la UE, queda claro que la modernización del SNE pasa por la ampliación de los sujetos privados que intervienen en la intermediación y colocación. Sin duda esto mejorará la eficacia y competitividad del entero SNE, en las coordenadas afirmadas por la interpretación del TJCE, que convirtió el Derecho Social Comunitario en una barrera para la vuelta a posiciones de dominio tan arcaicas como ineficaces. La ampliación de sujetos puede significar también la previsión, si bien para determinados casos referidos por el Convenio de la OIT, de agentes privados con ánimo de lucro.

Ahora bien, queda igualmente claro que esta extensión del radio de acción de tales sujetos no puede significar ni la desregulación del mercado, antes al contrario, pues lo que se echa en falta es una ordenación de todos



los competidores, ni una renuncia a acabar con la marginalidad de la prestación directa de servicios de empleo por los sujetos públicos. Esta reordenación del papel de lo público y lo privado en el mercado de empleo, incluida pero más allá de la intermediación, no tiene que significar necesariamente la expulsión del mercado de determinados sujetos que actualmente operan en él, en cuanto vienen acreditando efectos positivos en tasas de éxito del proceso de gestión del retorno al empleo, mejorando las garantías de los trabajadores. Una correcta regulación puede mantener sus expectativas de negocio y, al tiempo, extender su campo de acción a todos los trabajadores, permitiendo tanto el control público como la equidad en las oportunidades de servicios de calidad.

Pero al mismo tiempo, aquella reordenación global con expansión de lo privado tampoco puede significar pérdida de calidad de la acción afrontada directamente por los servicios públicos de empleo. Entre otras cosas, porque este imperativo de calidad es un principio axial de la LE y una necesidad social. De nuevo, pues, a interlocutores sociales y poderes públicos corresponde llevar a cabo una regulación de equilibrio que, sin perder de vista los imperativos vinculados al carácter universal y gratuito del servicio público de empleo, cualquiera que sea el sujeto que lo preste directamente, atienda muy de cerca, con proximidad, las nuevas realidades socio-económicas y también las nuevas demandas de tutela. Entre éstas, no cabe duda que estamos ya en un tiempo suficientemente maduro para garantizar el derecho a una oportunidad efectiva de empleo como un derecho subjetivo, público y social, directamente exigible por la población, en el marco institucional y normativo del nuevo Derecho Social del Empleo, que es bastante más que una etiqueta o una marca «académica», de sabor más o menos «corporativo», como con extremada frecuencia aparece en los estudios.



LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LA REFORMA LABORAL

VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ

*Director Territorial de la Inspección
de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía*

EXTRACTO

La Inspección de Trabajo no tiene un modelo único en el ámbito internacional y se encuentra en revisión en cuanto a su funcionamiento y objetivos, valorándose su eficacia como medio del que dispone la Administración laboral para la mejora en la aplicación y cumplimiento de la normativa social.

Tras consolidarse como soporte de reformas normativas y de políticas públicas, el diálogo social aborda de una manera general la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, teniendo su expresión en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo y en el Real Decreto-Ley 5/2006.

En las siguientes páginas se realiza una aproximación inicial a lo que puede significar la entrada de los interlocutores sociales en la esfera de actuación de la Inspección de Trabajo, en la medida en que su capacidad de influencia condicione la orientación que ha de seguir esta institución laboral centenaria, considerando que su actuación en un mundo tan complejo y cambiante como el actual será examinada, en gran parte, en función del impacto social que pueda lograr.

Se analiza sucintamente la necesidad del diálogo social y la evolución que el citado Acuerdo puede originar en el devenir del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA MESA DE DIÁLOGO SOCIAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO
3. LOS MEDIOS HUMANOS Y MATERIALES
4. EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA
5. LA PARTICIPACIÓN EN LA ACTUACIÓN INSPECTORA
6. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS
7. TIPOS INFRACTORES

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2006, durante el que se conmemora el I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), esta ha sido considerada de una manera diferenciada y específica como objeto del Diálogo Social concluyéndose acuerdos en torno a su funcionamiento y actuación, consistiendo el más importante de ellos, con traducción normativa, en la participación de los interlocutores sociales en el Sistema de ITSS a través de un órgano consultivo.

El «Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo» (AMCE), suscrito el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno y las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como el Real Decreto-Ley 5/2006, consecuencia del mismo, suponen la confirmación de un cambio sustancial en el sentido y la finalidad de la ITSS, como Institución laboral, que pasa por su adaptación a la realidad social y su atención a los retos y demandas que de la misma se deducen, contando, para ello, con la postura de quien representa los intereses de los integrantes básicos del ámbito social: empresarios y trabajadores.

Tradicionalmente se ha pensado que un sistema de inspección, frente a otro, por ejemplo, de gestión, debe regirse por el principio de independencia, y ello conducía, de forma mal entendida, a aislarse de todo lo que pudiera «contaminar» sus actuaciones y decisiones. En particular, se buscaba no hallarse condicionado por los destinatarios de la actuación inspectora, trabajadores y empresarios a través de sus organizaciones representativas, en la errónea creencia de que esto podría influir o inclinar la balanza en la exigencia de responsabilidades administrativas.

Los términos utilizados en el Convenio número 81 de la OIT como «autoridad e imparcialidad», por su artículo 3.2, o «estabilidad e independencia», por su artículo 6, (artículo 8 del Convenio 129), así como los empleados por el artículo 6 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la ITSS (LOITSS) «autonomía técnica y funcional» y «garantía de independencia frente a cualquier influencia exterior indebida» deben predicarse de la actuación concreta del funcionario que desempeñe labores de inspección, pero no pueden confundirse con el cierre al exterior del Sistema, el cual debe conocer, cuando

menos, el parecer de los destinatarios del servicio que presta. Lo contrario conduce a una endogamia que, entre sus efectos, puede producir un alejamiento de la realidad y, por ende, la ausencia del impacto social que se persigue con un instrumento administrativo destinado a mejorar el grado de cumplimiento normativo. Esta confusión entre los valores que han de iluminar la actividad individual de inspección y las fuentes de conocimiento con que ha de contar la dirección y gestión del sistema ha evitado, durante las tres últimas décadas, el establecimiento de cauces institucionales de participación de los interlocutores sociales en la ITSS. Caudes e interlocutores que, sin embargo, han ido creciendo en protagonismo real en todos los ámbitos del mundo jurídico-laboral, tanto a través de fórmulas como el consenso social, diálogo social y concertación social, abarcando pactos en Seguridad Social, relaciones laborales, empleo, salud laboral, etc. como mediante órganos específicos de consulta y participación en el seno de la Administración.

La última Reforma Laboral viene a paliar este déficit fijando órganos específicos de participación y consulta, pero el AMCE camina más allá, abriendo vías de acuerdo sobre temas que entran de lleno en el corazón e intendencia de este servicio público y que no conllevan necesariamente una modificación normativa inmediata, pero sí futura.

Esta aparición del diálogo social en materia de inspección del trabajo se reclama desde la Conferencia de la OIT y UE sobre Sistemas Integrados de Inspección del Trabajo al reconocer, en su informe de conclusiones finales, la necesidad de contar con servicios de inspección del trabajo «enérgicos, competentes, independientes y dotados de recursos adecuados», debiendo formularse las soluciones nacionales «en el marco del diálogo social y de consultas tripartitas»¹.

2. LA MESA DE DIÁLOGO SOCIAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO

La Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 parte de una serie de principios que inspirarán el debate y contenido de los distintos ámbitos materiales de diálogo. Desde nuestra perspectiva resulta destacable el compromiso gubernamental de ofrecer «más y mejores servicios públicos, adecuados y eficientes». Este compromiso se concreta en la flexibilidad que ha de caracterizar a cualquier servicio público, consistente en que su actividad se modificará tras la valoración que se haga de la relación exis-

¹ Conferencia celebrada en Luxemburgo del 9 al 11 de marzo de 2005 bajo el título de «Unidad por encima de las diferencias: La necesidad de un Sistema Integrado de Inspección del Trabajo (SIIT)», ver punto 5.

tente entre «objetivos perseguidos» y «resultados alcanzados». Un servicio público, y como tal se define a la ITSS en el artículo 1.2 de la Ley 42/1997, ha de contar con unos objetivos claros, fijados en atención a las necesidades sociales que ha de satisfacer, precisando para ello del conocimiento de la situación y de las demandas que esta origina. Lo que está en juego es, inicialmente, la definición de unos objetivos que justifiquen la existencia y actividad del servicio público de que se trate. De tal forma que se prestigia a la institución tanto por vía externa, «buscando en todo momento la excelencia en la calidad de los servicios que se presta a los ciudadanos» como por vía interna, creando una conciencia apropiada entre sus integrantes que comprueban la validez de su actuación.

A quién corresponda fijar los objetivos del servicio público no es propiamente lo que se discute sino, más bien, cómo han de fijarse dichos objetivos. Si la Administración es la última responsable en la determinación de los fines a alcanzar, no es menos cierto que la participación en el procedimiento que conforme los elementos de juicio necesarios para dicha tarea es fundamental. En el caso de la ITSS la consulta a los interlocutores sociales, en cuanto representantes de los sujetos hacia los que se encamina su labor, contribuye a legitimar su actuación como servicio público, a que sea percibida como tal y a su consolidación y estabilidad en el desempeño profesional.

Si la delimitación de los objetivos tiene relación con un «mejor servicio público» la valoración de los «resultados alcanzados» conecta con la eficiencia y adecuación del servicio público. Contemplado desde otra perspectiva, no basta con participar en la fijación de unos objetivos si se carece de los medios suficientes para alcanzarlos, así como de los datos, información o índices que estudien la proporcionalidad entre lo conseguido y los recursos utilizados.

Este basamento constituido por el «doble criterio» apuntado por la Declaración para el Diálogo Social, objetivos y resultados, para que la Administración ordene sus actividades, nos introduce y ofrece sentido al contenido de lo acordado en materia de ITSS.

Tras sentar la filosofía en relación con el crecimiento económico, desarrollo y competitividad, la Declaración de 2004 pasa a relacionar los distintos ámbitos específicos en los que el Diálogo Social ha de desarrollarse hasta en número de trece. Materias tan variadas como el mercado de trabajo, la inmigración, la formación, la política industrial, el salario mínimo, la participación de los representantes de los trabajadores y la participación institucional, la prevención de riesgos laborales, la Seguridad Social, etc. Pues bien, el apartado 6) se centra en tres denominadas «instituciones laborales» al objeto de revalorizarlas bajo dos premisas ya reiteradas: «mejorando su funcionamiento y la participación de los interlocutores sociales».



Estas tres instituciones son la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la Comisión Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo y la ITSS. Respecto de la primera se abordarán sus «competencias», de la segunda su «papel» y de la ITSS «de manera específica su funcionamiento», reiterando este último término.

De una lectura inicial y sencilla, se deduce que no se discute el papel y competencias de la ITSS, sentadas por una Ley relativamente moderna, publicada en 1997 y primera Ley postconstitucional específica en esta materia. Lo que preocupa es cómo obtener el mayor rendimiento de un instrumento de tan indudable utilidad.

Las dos Comisiones son órganos específicos de participación, el primero previsto como órgano de funcionamiento a nivel tripartito por la disposición final segunda del Estatuto de los Trabajadores, y la segunda como órgano asesor de políticas de prevención y de participación institucional por el artículo 13 de la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales.

Por su parte la ITSS no tiene esa naturaleza de órgano consultivo sino que deriva de la función ejecutiva, Administración laboral en sentido estricto, en cuanto le corresponde «ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes» en expresión del artículo 1.2 de su Ley Ordenadora.

Descrita la diferente naturaleza que caracteriza a estas tres instituciones hay que preguntarse dónde reside su aspecto común, siendo este de tipo formal y consistente en su incardinación en la Administración pública. Sin embargo, a efectos de su tratamiento en el campo del diálogo social, esta característica es asistemática y por ello, la Declaración de 2004 remite a sus «correspondientes ámbitos» para ser abordadas, entendiéndose que dichos ámbitos sean los materiales respectivos. En el caso de ambas Comisiones, el ámbito material específico resulta evidente, por una parte el propio de la negociación colectiva previsto en el apartado 11)², y por la otra el destinado a la prevención de riesgos laborales contemplado en el apartado 10). Pero la cuestión es cuál debe ser el ámbito específico en el que debería abordarse el tema de la ITSS, cuando por sus competencias, propias de un modelo integrado o generalista, resultan afectados varios de los trece ámbitos objeto del diálogo social: empleo, salud laboral, inmigración, Seguridad Social, etc.

Aparentemente las opciones eran dos: bien una mesa específica sobre las «instituciones laborales», o sobre alguna de ellas en concreto, con lo que

² Si bien el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo, dedica su disposición adicional séptima a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, encomendándole funciones de observatorio de la negociación colectiva y autorizando al Gobierno a adaptar el marco jurídico institucional para garantizar la participación de los interlocutores sociales.

se contradecía el espíritu y la letra de la Declaración de 2004, o bien se optaba por un tratamiento de la ITSS en cada una de las materias sobre las que podía actuar, siendo la consecuencia, entonces, que se perdía una visión global de la institución, necesaria para mejorar su funcionamiento, objetivo último del diálogo social. La solución ha sido mixta, se ha planteado el tema de una manera integral, pero en el marco de una de las mesas del diálogo social, la destinada al ámbito específico del mercado de trabajo, reconociendo el apartado introductorio del AMCE que con el mismo se concluyen los trabajos relativos a tal área.

La elección de la mesa de diálogo social en la que se había de estudiar a la ITSS no era un asunto baladí. Hubiera sido previsible que el protagonismo recayera en la prevención de riesgos laborales, o alternativamente en otras materias como la Seguridad Social o la inmigración. Sin embargo ha sido el mercado de trabajo el contexto propicio para revisar este servicio público aun trascendiendo el mismo para atañer también a otras áreas competenciales.

Esto supone un giro importante en la valoración de lo que puede o debe hacer la ITSS, recuperando para ella un papel en decadencia en los últimos años, el de instrumento de mejora del empleo, ahora desde una perspectiva más avanzada y plural como es la calidad y estabilidad en el empleo y la competitividad.

En este sentido, el Libro Blanco sobre la calidad en el empleo en Andalucía rescata la posible función que pudiera ejercer la ITSS sobre la normativa de la calidad en el empleo con base en la programación, la participación de los interlocutores sociales, y el asesoramiento³.

Según lo expuesto y pese a la especialidad de la mesa sobre el mercado de trabajo, el tratamiento de la ITSS no debía enfocarse de forma parcial y desmembrada, cerrando cada acuerdo fruto del diálogo social su parcela respectiva, sino que el AMCE contempla a este servicio público de manera transversal y su contenido afectará a todas las materias de actuación inspectora, estén directa o indirectamente relacionadas con el mercado de trabajo.

La Reforma Laboral en sentido estricto, esto es, desde un punto de vista jurídico o de producción normativa, sólo contempla el sistema de ITSS a través de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 5/2006, referida a la consulta y participación de los interlocutores sociales en la definición de objetivos y programas. Pero el AMCE es más ambicioso y hace objeto del diálogo social asuntos tales como los recursos materiales y humanos del

³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (coordinadora), ALCAIDE CASTRO, M. CRUZ VILLALÓN, J. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. SÁEZ LARA, C. *Libro Blanco sobre Calidad en el Empleo en Andalucía: Estabilidad y Seguridad Laboral*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005, pág. 268.



sistema, la participación e información en relación con las actuaciones inspectoras concretas, la metodología inspectora y las áreas que socialmente reclaman una mayor atención, tal y como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

3. LOS MEDIOS HUMANOS Y MATERIALES

La mejora del funcionamiento de la ITSS se estudia desde varios prismas, entre ellos el cuantitativo, a través de lo que se denomina el refuerzo de efectivos, medios técnicos y materiales. Durante los últimos años ha sido una constante la reivindicación de mayores medios humanos y materiales para la ITSS, cuya consecución ha tropezado con distintos problemas, entre otros, el de la excesiva premura en la respuesta.

En el AMCE el Gobierno se compromete a reforzar el sistema de ITSS, lo cual ha sido una constante en esta legislatura. Así se recoge por ejemplo en el «Plan de actuación para la mejora de la Seguridad y Salud en el Trabajo y la reducción de los accidentes laborales» de 22 de abril de 2005⁴.

El incremento de la plantilla de inspectores y subinspectores se cuantifica para 2007 y 2008, expresando comparativamente su crecimiento con la plantilla existente a principios de la legislatura⁵.

Con esta medida se ofrece una respuesta concreta a la demanda social de estos últimos años manifestada a causa de un triple argumento: la siniestralidad laboral, la economía irregular y la precariedad del mercado de trabajo.

En cuanto a la salud laboral, se ha producido una sólida posición común entre Administración General del Estado, Administraciones Autonómicas e interlocutores sociales, con un diagnóstico basado en la existencia de una normativa suficiente en sus niveles legal y reglamentario, pero con un deficiente nivel de aplicación o cumplimiento, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, la denominada «prevención de papel» o prevención formal, sino desde una perspectiva cualitativa debido a la falta de integración de la prevención en la actividad normal de las empresas y de la implanta-

⁴ Dentro de su apartado III. *Líneas de actuación a desarrollar en la estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, se incluye el refuerzo de las instituciones del Estado dedicadas a la materia, y expresamente se dice que «en relación con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se continuará fortaleciendo la estructura y medios, humanos y materiales, con que cuenta la misma, incrementando considerablemente su número de efectivos», precisando con posterioridad el incremento previsto para 2005 tanto presupuestario como en la plantilla de inspectores y subinspectores.

⁵ De 772 inspectores a 954 y de 799 subinspectores a 968, junto con el correspondiente incremento de personal administrativo.

ción de modelos de gestión. Pero más allá de estos argumentos, la demanda de una mayor actuación inspectora se basa en el mantenimiento o la ligera reducción de la siniestralidad tanto en cifras absolutas como en índices o indicadores. A este respecto, uno de los argumentos utilizados con menor precisión es el de que la proporción entre el número de inspectores y población ocupada en España mantiene uno de los últimos lugares de la Unión Europea. Sin embargo es de difícil estimación una comparación en esta materia por diversas razones. De un lado, el único punto en común de todos los sistemas de Inspección de Trabajo en la UE es la salud laboral, pero incluso esta se aborda desde distintas perspectivas. Las estadísticas más fiables se contienen en los informes anuales del Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (CARIT) y los mismos se confeccionan a través de declaraciones, a veces incompletas, de los Estados Miembros. En el propio modelo o formato de recogida de esta información se presentan posibles diferencias en los siguientes aspectos: competencias (seguridad, salud, riesgos psicosociales y relaciones laborales), posibles sectores excluidos (militares, energía nuclear, radiación, ferrocarriles, autónomos, minas, transportes por carretera, etc.), porcentaje de tiempo destinado a la prevención de riesgos laborales, ámbitos (privado, público, nacional, regional o local)⁶. Por otro lado las funciones y competencias de los inspectores no son equivalentes, en algunos casos existe un perfil técnico y sin capacidad para exigir responsabilidades de forma directa⁷. En este sentido los técnicos habilitados por las CCAA para colaborar con la ITSS en funciones comprobatorias al amparo de la Ley 54/2003 y el RD 689/2005 suponen la única experiencia normativa que afecte a la organización y funcionamiento de la ITSS con origen en el diálogo social⁸.

La economía irregular y su afloramiento también requiere de un aumento de la actividad inspectora. Este aspecto se realza con el fenómeno de la inmigración y adquirió altas cotas de exigencia de adaptabilidad con el llamado proceso extraordinario de «normalización» durante 2005. El progre-

⁶ La proporción inspector/número de trabajadores por cuenta ajena, según el informe del CARIT de 2004, abarca un abanico muy amplio que, según el país de que se trate, va desde los 5.400 hasta los 23.000.

⁷ La descripción de los diferentes modelos de inspección de trabajo y un juicio crítico de los mismos se contienen en GARCÍA RUBIO, A. *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 56 a 69.

⁸ La Propuesta de la Mesa de Diálogo Social de 30 de diciembre de 2002 recoge el reforzamiento de la función de vigilancia y control del sistema de ITSS con tres medidas: la integración de medios de que disponen los órganos técnicos de las CCAA e INSHT, en la asunción de cometidos comprobatorios, continuidad en el esfuerzo de mayor dotación de efectivos humanos y programación a través de acuerdos bilaterales entre la Administración General del Estado y la Administración autonómica.



sivo incremento de población ocupada de origen extracomunitario supone otro elemento de presión sobre la capacidad de respuesta del sistema.

Finalmente, la alta tasa de temporalidad en el mercado de trabajo requiere en muchos casos de planes de actuación más que de medidas normativas. Y aun contando con el efecto multiplicador de cualquier actuación inspectora, se precisa llegar a un número significativo de empresas para conseguir algún cambio porcentual en el mercado de trabajo.

Estas tres circunstancias (siniestralidad, inmigración y precariedad) operan simultáneamente como presión sobre la carga de trabajo asumible por el sistema y como causa para reivindicar la necesidad de su mejora⁹.

Por otro lado la calidad en las inspecciones está condicionada por fenómenos cada vez más complejos, que precisan de mayor dedicación e incluso de actuaciones protocolizadas. A título de ejemplo se pueden citar las derivaciones de responsabilidad respecto de deudas de Seguridad Social, el análisis de sistemas de gestión de prevención de riesgos laborales, la atención a riesgos psicosociales o la recopilación de material probatorio para conocer la aplicación del principio de igualdad.

En segundo lugar, una vez fijado el compromiso de incremento de las plantillas de funcionarios, el AMCE recoge la mejora de la dotación informática y de dependencias. Esta mejora de medios materiales y técnicos ofrece estabilidad al sistema y contribuye a incrementar la calidad del servicio público. Especialmente los medios informáticos cumplen una función trascendental pues favorecen la eficiencia, es decir, el máximo aprovechamiento de los recursos disponibles, facilitando una adecuada planificación. El conocimiento, manejo y combinación de las distintas bases y fuentes de datos a las que puede acceder la ITSS permiten orientar la actuación de la misma con unas posibilidades de éxito muy superiores a las derivadas de las tradicionales fórmulas de actuación a solicitud de un tercero.

Finalmente, la referencia de una parte al «correspondiente incremento del personal de apoyo» y de otra a la «habilitación de nuevas dependencias para las Inspecciones Provinciales», cierran un concepto de sistema de inspección de concepción integral, entendiendo que los sistemas integrados de inspección del trabajo comportan no sólo una integración técnica de enfoque multidisciplinario sino también una integración administrativa y de procedimientos.

⁹ Sobre las razones de la presencia de la ITSS «en los más acuciantes temas de la agenda política en el ámbito laboral» se puede consultar ARAGÓN BOMBÍN, R. «Los retos de la Inspección española de Trabajo y Seguridad Social ante su centenario», en *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, publicación conmemorativa, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, págs. 28 a 31.

4. EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

El AMCE contempla una doble vía de participación de los interlocutores sociales, de un lado la institucional clásica de órgano consultivo y de otro un incipiente acercamiento a los procedimientos administrativos. Sin embargo, sólo la primera de ellas tiene un refrendo normativo a través de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 5/2006.

En el ámbito social de la Administración General del Estado son conocidos desde hace tiempo los órganos de participación tripartitos y paritarios, pudiendo citarse varios a título de ejemplo: El Consejo General y la Comisión Ejecutiva del Instituto Nacional de Seguridad Social calificados como «órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión»¹⁰, válidos también para la Tesorería General de la Seguridad Social¹¹, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo cuya naturaleza es la de «órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo»¹², el Consejo General y la Comisión Ejecutiva del Servicio Público de Empleo Estatal¹³, el Consejo General del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo¹⁴. En el ámbito social de la Administración Autonómica también están generalizados los órganos consultivos institucionales¹⁵.

Por su parte la LOITSS no contempla ningún tipo de órgano consultivo, pese a que dos años antes el artículo 40.4 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales ya estableció que los planes de actuación de la ITSS serían objeto de consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con carácter previo a su elaboración, y especialmente los programas para empresas sin representación unitaria de los trabajadores. Resulta significativo que la rúbrica del citado artículo 40 sea la de «colaboración con la ITSS». La referencia que se hace en esta materia por

¹⁰ Regulados por los artículos 2 y 3 del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre (BOE del 5 de febrero de 1997).

¹¹ Ver artículo 2 del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio (BOE del 11 de julio).

¹² Ver artículo 7.1.b) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE del 17 de diciembre).

¹³ Ver artículo 12 de la Ley 56/2003 y artículos 4 y 5 del Real Decreto 1458/1986 de 6 de junio (BOE del 16 de julio).

¹⁴ Ver artículo 6 del Real Decreto 577/1982, de 17 de marzo (BOE del 22 de marzo)

¹⁵ Por lo que respecta a Andalucía y a título de ejemplo, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, con más de veinte años de funcionamiento, tiene entre sus funciones la de «facilitar la consulta y la cooperación entre la Administración autonómica y las organizaciones empresariales y sindicales» (artículo 3 de la Ley 4/1983, de 27 de junio), el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (Decreto 277/1997, de 9 de diciembre), o, en distinta medida en cuanto al equilibrio cuantitativo de composición el Consejo Asesor del Servicio Andaluz de Empleo (artículo 13 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre).

parte de la Ley 42/1997 a las organizaciones sindicales y empresariales se concreta en la información que periódicamente facilitará la Autoridad Central sobre «extremos de interés general que se deduzcan de las actuaciones inspectoras, memorias de actividades y demás antecedentes» (artículo 10.2 de la LOITSS, que regula la «colaboración de la ITSS»).

Posiblemente una de las razones de que la Ley 42/1997 no articule ningún mecanismo de consulta a los interlocutores sociales se deba a que el concepto de participación lo refiera en exclusiva al de las distintas Administraciones competentes, General del Estado y autonómicas, a través de lo que denomina «sistema institucional integrado» o «conjunto institucional integrado»¹⁶. Esto trae su causa en que una prioridad, presente en todo el texto legal, sea el intento de establecer cauces para encajar el funcionamiento de un único servicio público como medio para el desarrollo de competencias residentes en varias Administraciones, que además responden a diferentes ámbitos territoriales, de acuerdo con nuestro modelo constitucional. De ahí que la LOITSS establezca órganos de encuentro entre Administraciones bajo tres principios generales de «organización del sistema», como son los de «colaboración, coordinación y cooperación recíprocas». Tales órganos son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y las Comisiones Territoriales de la ITSS (artículos 15, 16 y 17 de la LOITSS).

Sin embargo, si la Ley 42/1997 no prevé medios de participación para los interlocutores sociales, esta sí se consigue, en cierta medida, a través de los Acuerdos bilaterales entre ambas Administraciones previstos para establecer la composición, funcionamiento y cometidos de las Comisiones Territoriales (artículo 17.1 de la LOITSS). Así, la mayoría de los Acuerdos bilaterales en vigor, que responden a un mismo formato, contienen en su cláusula tercera entre los cometidos de la Comisión Territorial el «conocer las propuestas de los órganos representativos de consulta, asesoramiento y participación institucional en materias de orden social, objeto de la actividad de la ITSS» y la consulta prevista en el artículo 40.4 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales¹⁷.

Siguiendo este esquema de coordinación entre las dos Administraciones competentes, el AMCE y el Real Decreto-Ley optan por un modelo de consulta ligado a cada una de las Administraciones, lo que conduce a establecer varios órganos consultivos, que necesariamente han de ser tripartitos

¹⁶ Exposición de Motivos, apartados I y II.

¹⁷ Por todos, el Acuerdo Bilateral entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Comunidad Autónoma de Andalucía suscrito el 9 de octubre de 2000 (publicado en el BOE el 21 de febrero de 2001 por Resolución de 25 de enero de 2001 de la Secretaría General Técnica, y en el BOJA el 9 de noviembre de 2000 por Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 18 de octubre de 2000).

y paritarios con participación de las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

La norma regula la constitución de un órgano específico en el ámbito de la Administración General del Estado encargando la misión normativa reglamentaria al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales¹⁸, pero respetuoso con la capacidad de autoorganización de las CCAA se remite a estas para establecer las correspondientes instancias de participación, para lo cual existen, aparentemente, dos alternativas, sin perjuicio de sistemas mixtos. De una parte, ampliar las competencias de los órganos ya existentes, bien residenciando la consulta en uno, bien distribuyéndola entre varios por razón de la materia, y de otra, crear un órgano específico equivalente al estatal.

El objeto de la consulta son los objetivos y programas del sistema de ITSS, respecto de los que se podrán formular propuestas. En consecuencia, la reforma laboral afecta a uno de los principios inspiradores de la LOITSS, cual es el de la planificación y actuación según objetivos programados. La prevalencia de este principio, basado en la eficacia y en una inspección no reactiva, esconde, de cara a los agentes económicos y sociales, una fórmula transaccional consistente en la disminución de actuaciones rogadas o motivadas por terceros, en definitiva de denuncias, a cambio del cumplimiento de la planificación prevista y objeto de consulta. Pues en otro caso se condicionarían, desde un punto de vista cuantitativo, los medios de que dispone el sistema de ITSS para atender su programación¹⁹.

Los programas de objetivos respecto de los que se pueden formular propuestas son denominados generales, cuando la actuación afecte a varias CCAA, o bien territoriales, cuando la actuación se circunscriba al territorio de una Comunidad Autónoma. Pero esta diferenciación con base en el principio de territorialidad no se corresponde con el principio de competencia, de tal forma que si se pensara en un sentido simplista, los planes generales serían de competencia estatal y los territoriales de competencia autonómica. Esto no es así. Tal y como se describe reglamentariamente en los artículos 28, 29 y 30 del Real Decreto 138/2000, los programas generales derivados de las líneas de acción definidas en la Conferencia Sectorial pueden tener varias áreas funcionales, y los programas territoriales establecidos en Comisiones Territoriales comprenderán actuaciones de competencia auto-

¹⁸ Conviene recordar que el artículo 47.16 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la ITSS (BOE del 16 de febrero), incluye entre las competencias de la Autoridad Central «la relación general con las organizaciones sindicales y empresariales, en lo que se refiera al conjunto del sistema».

¹⁹ La Exposición de Motivos de la Ley 42/1997 en su apartado III declara que la ITSS está «cada vez más obligada a planificar y programar sus actividades en campos de creciente complejidad y extensión, como es el caso de la Seguridad Social, superando la mera actividad derivada de las denuncias o reclamaciones de los interesados».

nómica y estatal, respondiendo esta miscelánea territorial y competencial a un modelo institucional integral, como ya se apuntó más arriba²⁰ y a un principio de «unidad de función y acto»²¹.

Indicados los tipos de órganos de consulta y los programas de objetivos, la cuestión ahora a dilucidar es si las propuestas de estos órganos se van a referir a los dos tipos de programas, es decir, si van tener incidencia en los dos órganos de encuentro entre Administraciones (Conferencia Sectorial y Comisión Territorial) en la medida que la Administración que formula la consulta tiene participación en ambos. O bien el órgano de consulta se corresponderá con el ámbito del programa, general para el constituido en virtud de Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y territorial para la instancia autonómica. O si, finalmente, el órgano de consulta sólo podrá formular propuestas en atención a la competencia de la Administración de que se trate.

Considerando estas tres opciones y partiendo de un sistema integral de inspección de trabajo, así como del equilibrio que ha de existir entre la dedicación a materias con distinto origen competencial, parece que un camino a explorar será el de la combinación entre el ámbito territorial y la globalidad de posibles actuaciones, es decir, una consulta circunscrita, de forma alternativa, al ámbito del programa (general o territorial), y dentro de cada uno de ellos a la diversidad de actuaciones posibles. Por tanto el órgano coincidiría con el territorio de la Administración que consulta y formularía propuestas respecto de todas las competencias, con independencia de su titularidad, pues si se encorseta el mecanismo de consulta constriñéndolo a las competencias de titularidad propia, se corre el peligro de vulnerar el principio de integridad del sistema y de equilibrio en la carga de trabajo asignada a cada objetivo. En el engrase y efectividad de estos procedimientos de consulta desempeñarán un papel importante los mecanismos internos de coordinación de las Organizaciones participantes.

No obstante, lo novedoso de este sistema de consulta y participación se aprecia con absoluta claridad a nivel de la Administración General del Estado, pero no en la Administración autonómica. Una vez más, a nivel estatal se importan mecanismos socio-laborales que han sido experimentados con éxito en el medio autonómico. Significativo es el caso de Andalucía, pues tanto en el V como en el VI Acuerdo de Concertación Social se establecen comisiones o grupos de trabajo de carácter tripartito y paritario, para

²⁰ Sobre el reparto de competencias y la reforma laboral, consultar VALVERDE ASENCIO, A.J. «La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social como objeto del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo» en *La Reforma Laboral de 2006* AA.VV. coordinada por Cruz Villalón, J. Lex Nova, 2006, págs. 305 y 306.

²¹ Ver artículo 6.1 de la Ley 42/1997.

la consulta y fijación de directrices relativas a la programación de las actuaciones de la ITSS para su traslado a la Comisión Territorial²².

Por último, no podemos dejar de mencionar las actuaciones comprobatorias a realizar por los técnicos habilitados por las CCAA, previstas en la Ley 54/2003 bajo la programación de la respectiva Comisión Territorial. Esta «colaboración» se hace como parte del sistema de ITSS y, en consecuencia, su planificación y programación será objeto de consulta²³.

5. LA PARTICIPACIÓN EN LA ACTUACIÓN INSPECTORA

La segunda vía de participación de los interlocutores sociales se acerca más al procedimiento administrativo o, si se prefiere, a las actuaciones concretas que desarrollen los funcionarios del sistema, lo que implica reflexionar acerca del concepto de interesado.

En este apartado, los firmantes del AMCE asumen un compromiso de «analizar»²⁴ este tipo de participación de los representantes de los trabajadores y de las empresas, que se desdobra temporalmente en dos fases: la inicial de actuaciones previas o de investigación, lo que el Acuerdo denomina «visitas de inspección», y la final de información acerca de las medidas derivadas de la actividad inspectora, lo que el Acuerdo llama «información sobre los resultados».

Este esquema basado en el conocimiento de las actuaciones desarrolladas en la empresa y de los actos administrativos consecuencia de las mismas, parece importado del artículo 40 de la Ley 31/1995 relativo, como ya se dijo, a la colaboración con la ITSS en materia preventiva. Así, su apartado 2 se encarga de regular, en los casos de visitas al centro de trabajo, la comunicación del Inspector al empresario o su representante y a los representantes de los trabajadores para «que puedan acompañarle... y formularle las observaciones que estimen oportunas». Por su lado, el apartado 3 establece la obligación de informar a los Delegados de Prevención y al empre-

²² El VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía se suscribió por CCOO-Andalucía, UGT-Andalucía, Confederación de Empresarios de Andalucía y la Junta de Andalucía, con efectos desde 1 de enero de 2005 y duración por cuatro años, estableciendo un Grupo de Trabajo adscrito al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Anteriormente el V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, con los mismos firmantes, suscrito el 23 de mayo de 2001, dispuso dos Comisiones, una adscrita al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y la otra al de Prevención de Riesgos Laborales.

²³ Ver artículos 61.2 y 64 del Real Decreto 138/2000 antes citado, cuyo Título IV ha sido añadido por el RD 689/2005, de 10 de junio (BOE del 23 de junio).

²⁴ «Al modo de cláusula obligacional» según VALVERDE ASENCIO, A.J. obra citada, página 307.

sario sobre los resultados de las visitas y medidas adoptadas. Dicho esquema «visitas/resultados» es el que las partes firmantes se comprometen a analizar bajo el prisma de la participación, pero entendida aquí de forma omnicomprendiva en cuanto a las materias sobre las que la ITSS tiene competencia, precisando, a su vez, la gama de actuaciones administrativas posibles (requerimientos, actas de infracción, actas de liquidación) y, en todo caso, siempre que los derechos colectivos queden afectados.

La referencia a la «participación en las visitas de inspección» implica la exclusión de otras modalidades como el «requerimiento de comparecencia» previsto en el artículo 14 de la LOITSS. Es importante partir de la regla según la cual la Inspección actúa siempre de oficio, incluso en esta fase de investigación, donde conviene recordar que respecto de esta actuación, previa al procedimiento, la previsión legal es que el denunciante no podrá alegar a ningún efecto la consideración de interesado (artículo 13.1 de la LOITSS).

En cuanto a la información sobre resultados, puede encerrar un doble sentido en función del objeto de dicha información. Si se trata de informar en general de resultados o sobre los requerimientos formulados, que no dan origen a procedimiento administrativo alguno de exigencia de responsabilidad²⁵, estaremos en un contexto bien de colaborar con la ITSS con el fin de que se cumplan dichos requerimientos y se mejoren las condiciones de trabajo, entendidas estas en sentido amplio, o bien se tratará de realizar un seguimiento de la regularidad y eficacia de la actuación inspectora. Por el contrario, cuando la información sobre los resultados se refiere a actas de infracción o liquidación y, en su caso, a derechos colectivos, puede plantearse la cuestión de la titularidad de intereses colectivos en los términos del artículo 31 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁶.

El conocimiento de las actas de infracción no es una cuestión absolutamente novedosa, sino que ya existían ciertas previsiones al respecto, si bien no referidas al acta propiamente dicha sino a la resolución administrativa recaída en el procedimiento administrativo iniciado con el acta de infracción. Así el artículo 21 del Real Decreto 928/1998²⁷ prevé en su apartado 5

²⁵ Sin perjuicio de lo previsto para casos de incumplimientos de requerimientos en el artículo 31.1 de la Ley General de Seguridad Social o en el artículo 43 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

²⁶ Este precepto en su apartado 1.c) considera interesados en el procedimiento administrativo a «aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva»

²⁷ Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE del 3 de junio).

el traslado a los trabajadores afectados, o a sus derechohabientes, de la copia de la resolución confirmatoria del acta en casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y el apartado 6 establece el traslado de la copia de la resolución a los representantes legales de los trabajadores si la infracción recogida en el acta constituye vulneración del derecho a la libertad sindical o de los derechos de representación de los trabajadores.

Estas dos excepciones confirman la regla general de que los asuntos que conciernen a los procedimientos administrativos sancionadores tradicionalmente han quedado circunscritos a la esfera de las partes directamente implicadas.

El análisis que, en este punto, han de realizar los firmantes del Acuerdo puede detenerse, entre otras posibilidades, en la participación en procedimientos sancionadores iniciados con acta de infracción o en el mero conocimiento del contenido de esta última.

Respecto de la primera posibilidad ya se dijo que la titularidad de intereses colectivos puede abrir la puerta de la participación en los procedimientos administrativos y es obvio que es posible considerar a los sindicatos como legitimados para accionar cuando estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994), sin que tal capacidad los convierta en guardianes abstractos de la legalidad (SSTC 210/1994 y 101/1996), por lo que en cada caso se habrá de acreditar la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio (SSTC 101/1996, 7/2001, 24/2001, 84/2001), entendiendo tal situación como la propia de una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión (STC 257/1988, 97/1991), sin que la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo llegue hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real (SSTS 6 y 8 de febrero de 2001)²⁸. Argumentos todos ellos utilizados en la STC 215/2001, que otorgó amparo a un sindicato reconociéndole la condición de parte en un procedimiento de oficio originado por un acta de infracción sobre cesión ilegal de trabajadores y en la que el voto particular entendía que se sentaba un precedente que «sin grandes dificultades, puede utilizarse en el futuro, para justificar la presencia sindical en todo procedimiento sancionador»²⁹.

En cuanto al mero conocimiento del acta de infracción, el análisis de los firmantes del Acuerdo ha de partir de la situación actual en la que el acta de infracción sólo constituye el acto en virtud del cual se inicia de ofi-

²⁸ RJ 1153 y 1154/2001.

²⁹ Puede que la citada STC entendiera que la infracción objeto de la controversia tuviera por objeto la tutela de un interés colectivo en atención más a la vigilancia de la salud de los trabajadores que se veía afectada por la cesión ilegal, que a esta misma.

cio el procedimiento sancionador, y de que el artículo 37 de la Ley 30/1992, al regular el acceso a registro y archivos, prevé, en su apartado 1, que el acceso a los documentos que formen parte de un expediente será posible siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados a la fecha de la solicitud, precisando en el apartado 2 que el acceso a los documentos de carácter nominativo en procedimientos de carácter sancionador resulta limitado a su titular.

En lo tocante a las actas de liquidación, la situación es mucho más avanzada, puesto que no tienen una función coercitiva en sí misma, sin perjuicio de recargos incentivadores para conseguir una recaudación en tiempo, sino que versan sobre cuotas de Seguridad Social que afectan al reconocimiento de derechos individuales no sujetos a discrecionalidad alguna. Así el artículo 33.1 prevé su notificación (no la de la resolución que ponga fin al procedimiento) a la representación unitaria cuando el acta de liquidación afecte a un colectivo de trabajadores.

En conclusión, es lógico que el AMCE sea cauto en cuanto a la participación de representantes de trabajadores y empresas en la actuación inspectora, y el acuerdo consista en analizar la misma, pues han de considerarse muchos factores relacionados con los intereses de las partes implicadas y su compleja regulación a niveles legales y reglamentarios.

6. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

El AMCE finaliza su atención a la ITSS con un cuarto punto al que se podría calificar de cláusula de cierre y compendio de todo lo anterior. Se trata de un apartado que recoge cuestiones varias, pero todas ellas sustentadas en los dos pilares de los que depende la estabilidad del acuerdo, de un lado la mejora del funcionamiento de la ITSS y de otro la participación de los interlocutores sociales. Se dedica a hacer una declaración de principios y objetivos a los que deberá ajustarse en un futuro la actuación inspectora, convirtiéndose este apartado en la primera consulta real a los agentes económicos y sociales.

Se parte de que la actuación de la ITSS se desarrollará prioritariamente a través de la planificación y programación. Se trata de plasmar el reconocimiento de todas las partes implicadas de la preponderancia de la actividad planificada frente a la rogada y, de forma particular, clarificar que una acción programada, previa consulta a los interlocutores sociales, es preferente frente a una acción basada en la denuncia formulada por una organización empresarial o sindical que tuvo la oportunidad de expresar su parecer para planificar actuaciones y campañas.

Por otra parte se opta por potenciar progresivamente el número de actuaciones en determinadas materias. Este planteamiento tiene una doble ver-

tiente, cuantitativa y cualitativa. La primera, relativa al incremento de las actuaciones, es posible si a su vez se incrementan los medios materiales y humanos, cuestión esta abordada por el AMCE. La faceta cualitativa consiste en orientar ese incremento de las actuaciones hacia determinadas materias, lo que viene a suponer, aun de forma muy genérica, la fijación de objetivos, para cuya consulta se establece el órgano al que ya se hizo referencia.

Estos planteamientos avalan que el apartado del acuerdo dedicado a dar prioridad a programas que incluyan incremento de actuaciones y se dirijan a determinadas materias, sea considerado como compendio de acuerdos previos, cerrándose con un pacto relativo a la metodología a emplear en las actuaciones inspectoras, fomentando específicamente la de carácter informativo, de promoción y divulgación de la normativa³⁰.

Esta última cuestión, la metodológica, esconde el debate sobre la eficacia de la ITSS en coadyuvar a la finalidad de lograr un mayor grado de cumplimiento normativo. Este binomio clásico sanción/recomendación sobre el que se vuelcan argumentos que giran, por ejemplo, en torno a los fundamentos de uno u otro modelo de inspección, a razones de justicia material o desventaja del cumplidor, a la incoercibilidad de las sanciones, al cumplimiento por vía del convencimiento, etc. propicia también plantear la cuestión de si todas las materias pueden ser objeto de la misma técnica, bien sancionadora bien de recomendación.

Yendo más allá, el debate alcanza también a los indicadores por los que se ha de valorar la actuación inspectora y que han de servir como medida para hacer los cambios de estrategia oportunos. Estos indicadores que han consistido mayoritariamente en fórmulas cuantitativas relativas al número de infracciones, requerimientos y, en su caso, paralizaciones respecto a materias, sectores y trabajadores afectados, deben hoy en día cambiar hacia indicadores con base cualitativa³¹ destinados a acreditar el cumplimiento de obligaciones, más que a justificar la sanción de los incumplimientos. Un ejemplo sería la normativa de prevención de riesgos laborales, en cuanto la actuación de verificación con éxito del cumplimiento de un requerimiento previo y, por ende, de la normativa afectada por el mismo, es una actuación más valiosa que la de propuesta de sanción realizada ab initio, si bien tiene como contrapartida que precisa de una mayor dedicación, en detrimento de indicadores cuantitativos. Estos ejemplos podrían predicarse de otras mate-

³⁰ VALVERDE ASENCIO, A.J. en la obra citada, págs. 312 y 313 entiende como principal la función de control de la ITSS sin perjuicio de su complemento con otras actividades como las propuestas.

³¹ El artículo 29.1.2.º del RD 138/2000 al regular el procedimiento de elaboración de los Planes generales de objetivos, menciona a los indicadores de calidad como medio para hacer el seguimiento y evaluación de los citados planes.

rias, extraídos de las nuevas orientaciones recibidas en la actual ITSS, como indicadores basados en la conversión de contratos temporales fraudulentos, o en el afloramiento de la economía sumergida.

Volviendo a la declaración del AMCE en cuanto a la actuación pedagógica de la ITSS, si bien puede ser efectiva en campos como el de las relaciones laborales, la prevención de riesgos laborales e incluso el empleo, mayores dificultades encuentra respecto a la Seguridad Social o trabajo de extranjeros, donde se ventila el reconocimiento de derechos individuales de trascendencia para el sistema público de protección social.

La «potenciación» de actuaciones en determinadas materias ha de entenderse como la atención a una demanda social, pero también como la respuesta que las partes del Diálogo Social esperan de la ITSS en el ámbito material específico en el que se concluye el AMCE, es decir, en el ámbito del mercado de trabajo. Por ello, se encaminan las actuaciones hacia los puntos débiles de nuestro mercado de trabajo, como son la contratación temporal fraudulenta, la igualdad de trato, el empleo irregular o el de personas con discapacidad, aunque sólo respecto del primero de ellos ofrece un criterio para la planificación de la actividad inspectora (selección de empresas o sectores con una tasa de temporalidad superior a la media). Será en los ámbitos respectivos de consulta donde se especificarán las propuestas en cuanto a los objetivos concretos que han de presidir los planes generales o territoriales orientados hacia las materias antedichas.

7. TIPOS INFRACTORES

De manera breve hay que dejar constancia de que se trata de una reforma laboral cuyo objeto es la ITSS como servicio público, y no de una reforma que, como era más habitual, contenga importantes modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

Únicamente, el Real Decreto-Ley 5/2006, en su artículo 14, añade un nuevo tipo, el 12, al artículo 7³², consistente en calificar como infracción grave el «no disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores».

³² Se incluye, pues, en el Capítulo II de infracciones laborales, Sección 1.ª de infracciones en materia de relaciones laborales, Subsección 1.ª, infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas.

No es propio de este lugar analizar la norma sustantiva, pero sí apuntar que la infracción se compone de dos elementos acumulativos de naturaleza omisiva, uno de carácter documental, la ausencia del libro, y otro de carácter sustancial que sea consecuencia del anterior, la ausencia de información a los representantes de los trabajadores.

No se trata por tanto de una infracción de tipo documental, pues en ese caso se podría haber tipificado el incumplimiento por la vía del artículo 6.6 de la LISOS como una infracción leve, sino que afecta de lleno derechos básicos, como el de participación a través de la información. En este sentido podría haberse subsumido el supuesto de hecho del incumplimiento de la nueva obligación en el apartado 7 del artículo 7 de la LISOS relativo a la transgresión de los derechos de información de los representantes de los trabajadores. La concreción en la descripción del incumplimiento mejora la aplicación del principio de tipificación, pero esto implica destacar, tal vez de manera innecesaria, la vulneración de esta concreta obligación informativa frente a otras, cuando la regla general es que todos estos incumplimientos constituyen infracciones calificadas como graves.

La ausencia del libro registro manteniendo el nivel de información exigido, por ejemplo por aplicación de otro medio de comunicación, quedará tipificado en el citado artículo 6.6 de la LISOS.

Este es el único caso en esta reforma laboral de aparición de un nuevo tipo infractor como consecuencia de la modificación de la normativa material. La vulneración del resto de la normativa modificada ha de subsumirse en alguno de los tipos existentes. Al respecto se pueden citar, a título de ejemplo, los tipos contenidos en los artículos de la LISOS como el 7.8 (transgresión de los derechos de los representantes de trabajadores en materia de locales adecuados), 8.5 (transgresión del derecho de reunión), 16.3 (obtención o disfrute indebido de subvenciones o ayudas de fomento de empleo), 19.2.e) (formalización de contratos de puesta a disposición), 22.10 (obtención o disfrute indebido de bonificaciones en las cuotas), etc.

Mención especial merecen los tipos relativos a los «contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley» y a la cesión ilegal, previstos respectivamente en los artículos 7.2 y 8.2 de la LISOS, y que seguramente gozarán de una mayor aplicación si se potencian las actuaciones de la ITSS respecto del mercado de trabajo. En estos casos no resulta vano recordar que la Ley de Procedimiento Laboral, prevé en su artículo 149.2 la posibilidad del procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social.



AMPLIACIÓN COMPETENCIAL Y REESTRUCTURACIÓN DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO

Entre las medidas de corte institucional incorporadas al RDL 5/2006, de 9 de junio, se encuentra una disposición específica que busca revalorizar la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a través de su transformación en observatorio de la negociación colectiva.

El análisis de la norma revela no obstante que buena parte de las atribuciones competenciales que se le asignan no representan realmente ninguna novedad, por lo que al no restársele tampoco ninguna de las que ya ejercía procede afirmar que la mayor transformación a experimentar por la institución habrá de producirse a nivel orgánico u organizativo, plano para el que se prevén futuras adaptaciones.

La técnica utilizada a estos efectos es la de la delegación normativa a favor de la potestad reglamentaria. Pero con la mayor de las amplitudes posibles, de ahí que resulte complejo vaticinar el estatus jurídico que se le deparará a la Comisión, más allá de que seguirá siendo un órgano en el que se garantiza la participación institucional de las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas y de que el papel de éstas no pondrá en riesgo su ámbito de autonomía.

El análisis comparativo con otras instituciones existentes en nuestro sistema de relaciones laborales permite augurar, sin embargo, que se buscará una fórmula con la que dotar al órgano de un mayor grado de autonomía y capacidad de obrar, de ahí que a buen seguro, y con independencia del modelo que finalmente se adopte (fundación, organismo autónomo, ...), la consignación de medios humanos y materiales quedará garantizada.

ÍNDICE

1. A MODO DE PRESENTACIÓN DE LA REFORMA
2. LITERALIDAD Y FUNCIONALIDAD DEL PRECEPTO
3. EL CUADRO COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS
 - 3.1. Sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos
 - 3.2. En el proceso de derogación de las Ordenanzas Laborales
 - 3.3. En materia de adhesión y extensión de convenios colectivos
4. ¿HACIA UN CONSEJO NACIONAL/ESTATAL DE RELACIONES LABORALES?

1. A MODO DE PRESENTACIÓN DE LA REFORMA

Apenas iniciada la presente Legislatura (VIII) comenzaron los diferentes procesos de negociación y de búsqueda del consenso en el ámbito de las relaciones sociales y laborales. Algo que aunque no se puede decir ni mucho menos que sea para nada novedoso en nuestro sistema, por cuanto que constituye una especie de sana costumbre que se viene reproduciendo con más o menos parecida intensidad en la práctica totalidad de los periodos, parece que se incentiva de una manera especial cuando se trata de un primer mandato tras una alternativa de Gobierno, sobre todo, si éste va a ejercer su función sin el respaldo de una mayoría parlamentaria autosuficiente. En este contexto es en el que se ha de situar el reciente Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo suscrito el 9 de mayo de 2006, auténtica base de legitimación causal del RDL 5/2006, de 9 de junio. Texto con el que se opera la última reforma laboral objeto de este número monográfico, y en el que se prevé, entre muchos y variados temas, la reformulación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Cabe resaltar de entrada que va a ser ésta una de las pocas menciones en este concreto instrumento de reforma que se puede insertar en el campo de las relaciones de carácter colectivo —siempre de manera muy mediata, por supuesto—, lo cual no tendría mayor trascendencia si no fuera porque en este ámbito de la negociación y la autonomía colectiva no se ha producido en los últimos tiempo una reforma de auténtica trascendencia o, mejor, no ha llegado aún «la reforma», ya anunciada en varias ocasiones. Es cierto que alguna que otra modificación en este ámbito sí se ha producido, aunque siempre informada por claves distintas como es el carácter puntual o de reacción, sobre todo, si se comparan con las que denotan los principios informadores e inspiradores en aspectos tales como los relativos al mercado de trabajo o al ámbito individual de la relación de trabajo. La causa ha de encontrarse, quizás, en los fallidos intentos de consenso que se produjeron en el último proceso desarrollado sobre la materia, así como en el modo con el que se resolvió. La referencia obligada es la de la denominada en su momento Mesa de Diálogo Social para la reforma de la Negociación Colec-



tiva¹, que culminó, como sabe, y pese a la ausencia de acuerdo alguno entre las agentes sociales, con una decisión de reforma legislativa que afectó fundamentalmente a las posibilidades de instauración de cláusulas de jubilación forzosa como contenido de la negociación colectiva².

De hecho, una, si no la primera de las reformas en el campo estricto de lo laboral nacida en el seno de esta Legislatura —siempre que se obvien los temas de protección social y algunas otras manifestaciones puntuales o más indirectas, así como las consecuencias de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género—, fue precisamente la operada con ocasión de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Una reforma consensuada y requerida de manera expresa por los propios agentes sociales desde la consecución del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva para 2004, e incorporada también al actual proceso general, en forma de contenido específico de la Declaración para el Diálogo Social sobre «Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social», suscrita el 8 de julio de 2004 por el Presidente del Gobierno y los máximos representantes de las organizaciones sociales³, auténtico germen de todo este proceso. Norma, por último, que vino acompañada en el tiempo por otras de análoga significación, aunque de naturaleza reglamentaria⁴, pero de in-

¹ Mesa que se constituyó a instancias del Ejecutivo el 14 de junio de 2001 y terminó por diluirse sin mayores consecuencias.

² La reforma, operada por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, se materializó con la derogación de la entonces Disposición Adicional Décima del ET que era el título legislativo que permitía hasta entonces a los convenios colectivos instaurar el cumplimiento de la edad ordinaria de acceso a la jubilación como causa objetiva de extinción de los contratos. Su auténtica significación se alcanzó con la interpretación que de la misma realizó la jurisprudencia, en el sentido de declarar contraria a Ley ese tipo de cláusulas, sobre todo, si alcanzadas tras la entrada en vigor de la reforma. *Vid.*, sobre el contexto y los antecedentes auspiciados por la jurisprudencia constitucional, el trabajo de ALARCÓN CARACUEL, M.R., «El concepto de jubilación flexible», *TL 66/2002*, págs. 117-152; el significado de la reforma, en PÉREZ YÁÑEZ, R.M., «Las reformas del 2001: Algunas consideraciones sobre la derogación de la Disposición Adicional 10.^a ET», *TL 61/2001*, págs. 347-371; así como un balance conjunto, incluida la nueva y actual regulación, en CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R., «La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva», *TL 83/2006*, págs. 41-74.

³ Un análisis de su novedosa significación en materia de división analítica y de cronología de los procedimientos, en CRUZ VILLALÓN, J., «La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social», en AA.VV., *La Reforma Laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 13 y ss.

⁴ Como es el RD 718/2005, de 20 de junio, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos. Un Real Decreto fruto de una petición expresa de los agentes sociales, canalizada a través de la misma Mesa para el Diálogo Social, si bien, su contenido, ya venía siendo demandado desde que la Comisión de Aplicación e Interpretación del Acuerdo Interconfederal para la Cobertura de Vacíos de 1997 mostrara las deficiencias de la norma-

terés precisamente en la delimitación competencial de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, por lo que habrán de ser objeto de referencia.

En esa misma dinámica cabe insertar también otra singular reforma legislativa, como es la que representa la Ley 21/2006, de 20 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, en materia de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁵. Una norma que presenta varios elementos en común con la disposición que ahora se analiza y que por ello mismo habrá de destacarse, sobre todo, en lo que respecta al reforzamiento del protagonismo en la titularidad del derecho de participación institucional a favor de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, sea directamente, sea a través de la reducción de las posibilidades de irradiación.

En cuanto al objeto que ha de ser el centro de atención de este trabajo hay que decir que se trata de la norma que se localiza en la disposición adicional séptima del RDL 5/2006. Una norma que se presenta con un mandato que no coincide exactamente con el de una estructura clásica, en el sentido de ordenación o delimitación de concretas obligaciones o derechos subjetivos, sino como una especie de regla programática o habilitante, en cuanto que viene a materializar una suerte de compromiso inicial, no cerrado del todo por los propios sujetos negociadores, y con un objeto que, por ello mismo, resulta vago y genérico en el sentido de que su concreción se va a delegar finalmente en la potestad reglamentaria del Gobierno. Sin perjuicio, eso sí, de que la teleología o intencionalidad que trasluce desde su origen resulte del todo evidente: revitalizar, o al menos evitar la defunción, de un órgano tan peculiar de nuestro sistema de relaciones laborales como es la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCCNCC).

2. LITERALIDAD Y FUNCIONALIDAD DEL PRECEPTO

En virtud de la DA 7.^a RDL 5/2006, se establece que:

1. Sin perjuicio del respeto a la autonomía colectiva de las partes, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a que se refiere la disposición final segunda de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, asumirá funcio-

tiva anterior y, en especial, tras la reforma legislativa de la institución en 1999 (Ley 24/1999, de 26 julio, por la que se reforma el art. 92.2 ET), dando cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2003, prorrogado para 2004.

⁵ Un análisis de la misma en el trabajo de VALVERDE ASENCIO, A., que se publica en el número 86 de esta misma Revista.

nes de observatorio de la negociación colectiva que englobará la información, el estudio, la documentación y la difusión de la misma.

2. Con el fin de garantizar el funcionamiento eficaz de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el Gobierno podrá adaptar el marco jurídico institucional de la misma en el que se garantice la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas; asimismo le proporcionará el apoyo técnico y los medios que sean necesarios.

Si antes se ha afirmado que la intención de las partes negociadoras del Acuerdo base y, por ende, también del Gobierno que aprueba el RDL 5/2006, parece indudable que es la de reformular la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ello no ha de significar sin embargo ni que la norma resulte tan imprescindible como se la presenta, por mucho carácter adicional con el que se proclame la disposición que la acoge, ni menos aún urgente, por lo que no puede quedar exenta desde un punto de vista técnico de motivos para la crítica. Entre otras razones por sus carencias, por el grado de indefinición que presenta, pues a la postre el mensaje que incorpora es el propio de un título de delegación, casi en blanco a favor de la potestad reglamentaria —delegación, por cierto, que ya existía en la redacción anterior aplicable—, y sin mayor concreción de lo que se pretende, ni en sentido positivo, ni negativo, es decir, ni si quiera de lo que se intenta evitar. Y es que sea por la falta de datos o de antecedentes sobre el origen de la demanda o su necesidad, lo cierto y verdad es que hay pocos argumentos que sirvan para justificar un precepto de este cariz. De entre ellos cabría mencionar la propia exposición de motivos del Real Decreto, en la que se relata de manera breve la existencia de una previsión genérica contenida en el punto 6 de la Declaración para el Diálogo Social⁶ acerca de la virtualidad de revalorizar o poner en valor ciertas instituciones laborales como la propia Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, la Comisión Nacional de Seguridad e Higiene o la misma Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siempre, eso sí, a través de una mejora de su funcionamiento y/o del nivel de participación de los interlocutores sociales. Pero poco más, o lo que es lo mismo, muy poco en realidad⁷.

⁶ El Texto de la Declaración se puede consultar en: www.tt.mtas.es/periodico/laboral/Dialogo%20Social%202004.pdf#search=%22declaracion%20para%20el%20dialogo%22. Ciertamente tampoco el informe de la Comisión de expertos creada a instancias de este primer pacto añade nada al respecto, su texto publicado bajo el título «*Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*», en: www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200501/informe.pdf#search=%22mas%20y%20mejor%20empleo%22

⁷ El origen de la propuesta puede encontrarse no obstante en una solicitud elevada ya en octubre de 2000, por Comisiones Obreras a CEOE-CEPYME. Vid. Gaceta Sindical, 151/2001, de 24 mayo, edición digital. De ahí también la coincidencia tanto en el nombre, como

La comprobación de lo que se quiere decir se facilita con una simple glosa del precepto. Y es que, y siguiendo su propia estructura, de la lectura del primero de los apartados lo que se extrae es que se van a atribuir a la Comisión un conjunto de funciones que ya venían siendo competencia de ésta, eso sí, ahora: *sin perjuicio del respeto a la autonomía de las partes* —(sic), pues no se sabe bien en que se les puede afectar (negativamente) esta medida, ni en qué consiste siquiera esa autonomía en el seno del órgano, más allá de su libertad e independencia para la toma de decisiones—. Atribución, se decía, que no conlleva más allá que una mera denominación formal —la de observatorio, en cuanto que perteneciente a un género de mayor actualidad—, pero sin que suponga ninguna competencia realmente novedosa, ni constitutiva, para un órgano como la CCCNCC si se compara o se ponen en relación con las tareas que ya venía ejecutando con regularidad. Y ello, por cuanto que, al menos, *la información, el estudio y la difusión* de los diversos aspectos de la negociación colectiva es algo que indudablemente ha marcado el devenir de la institución si no desde su origen, sí al menos en la última década, tal como prueba de forma palmaria su ingente actividad editora y/u organizadora de estudios, congresos y jornadas sobre la materia⁸, entre otras funciones.

La única duda que permanece y que representaría sin duda una mayor transformación, es la que se refiere al alcance que puede dársele a la mención *documentación*, como hace la disposición, refiriéndose a las funciones que ha de desarrollar este observatorio de la negociación colectiva. Pues, evidentemente, puede ser interpretado como algo meramente retórico, secundario o instrumental —vgr. obligación de remisión de copia de fichas estadísticas— o, apurando mucho, como una verdadera encomienda de funciones propias del archivo, registro y hasta el depósito de textos convencionales, lo que supondría toda una novedad, en cuanto que funciones de mar-

probablemente el objeto, con las publicaciones coeditadas por esta misma central sindical sobre las conclusiones de los distintos grupos de investigación que, coordinados por el Prof. Escudero, han venido analizando la negociación colectiva en España en los últimos años.

⁸ La cita tanto de la colección de Estudios sobre la estructura y contenidos de la negociación colectiva sectorial en España, iniciada en 1998, entre otros muchos títulos; o de las anuales Jornadas de Estudios sobre Negociación Colectiva, que en breve alcanzarán su vigésima edición, puntualmente editadas además a través del servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, hace absolutamente innecesaria cualquier adición al respecto. Tan sólo cabría reseñar, por la singularidad que supone el no ser un documento de la propia CCNCC, ni encargado siquiera por esta, la reciente publicación de un informe aprobado por la Comisión de Seguimiento del ANC 2005, sobre *Negociación Colectiva e Inserción Laboral de Personas con Discapacidad*, MTAS, 2006, y que hace suyo sin embargo en el sentido de entenderlo como acto de promoción de la negociación colectiva.

cado cariz jurídico-administrativo y tradicionalmente ligadas a las estructuras internas del Ministerio ⁹.

El segundo de los apartados de la disposición tampoco va a aportar mandatos mucho más concretos distintos de la mera formalización de un compromiso, que se hace ahora gubernamental, en aras a dotar organizativa y financieramente a la renovada Comisión, cuyo perfil orgánico queda absolutamente por definir, salvo en el dato relativo a la garantía de participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas que es, parece, y de momento, la mejor garantía para su revitalización y la mejora de su eficiencia.

3. EL CUADRO COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS

Sin ánimo de intentar hacer un balance sobre su actuación, pero sí en cuanto que título idóneo para rescatar los perfiles de la institución, procede entrar ahora a analizar y enumerar el estatus jurídico y competencial de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en cuanto que instrumento para aprehender no tanto la virtualidad actual o pasada de la misma, sino la que pueda tener en el futuro. Y ello, toda vez que se parte de la premisa de que la redefinición que realiza la DA 6.^a RDL 5/2006 sobre el objeto de la misma, y sin obviar tampoco su disposición derogatoria, ha dejado incólume el resto de sus funciones y perfiles, al menos, hasta que se proceda a su verdadera remodelación.

En ese sentido, el dato de partida ha de ser el del concepto y la fisiología originaria del organismo. Definida por la entonces DA 8.^a del ET-1980 como un órgano de composición tripartita, asesor y consultivo de las partes negociadoras de un convenio colectivo, fundamentalmente —que no del Gobierno u otras instancias de carácter público ¹⁰—, lo cierto es que desde su inicio ya se plantearon ciertas dificultades para su puesta en marcha. Aunque no fueran explicitadas del todo en el instrumento final de constitución, el RD 2976/1983, de 9 de noviembre, es un hecho constatable que éste adoptó un nivel jerárquico superior al necesario —la DA 8.^a delegaba su desarrollo

⁹ Tras la supresión del IMAC, estas funciones se desempeñan directamente por la Subdirección General de Relaciones Laborales, dependiente de la Dirección General de Trabajo.

¹⁰ Se ha llegado a apuntar la posibilidad de que su actuación, siempre a nivel de informe o asesoramiento, se pudiera extender al seno de otros organismos administrativos o judiciales, vgr. en materia de control de legalidad o con forma de diligencia para mejor proveer, aunque no existe constancia registral o empírica alguna que pueda avalar un uso mínimo en ese sentido. *Vid. CRUZ VILLALÓN, J., El Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Tecnos, 2003, pág. 1186.

en el Ministerio del ramo—, entre otras razones para justificar el aumento competencial cualitativo que introdujo en su seno, siempre, hay que insistir, respecto de lo previsto en la norma legal habilitante.

3.1. Sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos

Y es que en la redacción inicial del ET, las funciones de la Comisión estaban reducidas a asesorar e informar a las partes *en orden al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios*. Para ello, incluso, se preveía como una tarea específica de la Comisión, *la elaboración y mantenimiento al día de un catálogo de actividades que pudiera servir de indicador para las determinaciones de los ámbitos funcionales de la negociación colectiva*. Un catálogo que parecía dejar claro cuáles creyeron los legisladores del ET que podrían ser los principales problemas del nuevo marco jurídico en el que habría de desarrollarse el modelo de negociación colectiva que se instauraba y la forma en que se podría ayudar para su resolución. No en vano, hasta entonces, aunque es una constante que perdura también en la actualidad¹¹, la estructura central de nuestro modelo de negociación se caracterizaba por un fuerte componente sectorial, más o menos dividido territorialmente, pero muy mayoritario y hegemónico en cuanto a trascendencia subjetiva y personal¹², sobre todo, si comparado con otros posibles modelos de estructura de la negociación basados en ámbitos distintos de definición como podía ser la empresa o, algo más desconocidos aún, como el oficio o la profesión.

La definición o determinación del ámbito funcional de un convenio se entendía así como ser un elemento clave no sólo para garantizar una cierta homogeneidad entre los sujetos destinatarios, también para resolver sobre la aplicabilidad del entero clausulado, de ahí su potencial trascendencia. En ese sentido, no puede olvidarse el amplio margen de autonomía del que gozan los sujetos negociadores a la hora de delimitar los ámbitos de aplicación del convenio colectivo, *ex art. 83.1 ET*, sin más límites en principio

¹¹ Entre muchos estudios que corroboran ese dato con independencia de los esfuerzos por «racionalizar y modernizar» (léase transformar), cabe destacar, también por su carácter más reciente, el de MOLINA NAVARRETE, C., «Cobertura y aplicación de la negociación colectiva: realidad productiva y ámbito funcional de los convenios», en *Estado Social y Autonomía Colectiva: 25 años de Negociación Colectiva en España*, CCCNCC, MTAS, 2006, págs. 61 y ss.

¹² Las cifras, según el último avance estadístico disponible (junio 2006), siguen siendo apabullantes: de los 7.046.771 trabajadores afectados por los convenios colectivos vigentes, 740.285 lo están por convenios de empresa, mientras que el resto por los de otro ámbito. De éstos, destacan los convenios de sector y ámbito nacional, con 1.710.793 y, sobre todo, los de carácter provincial, que afectan a más de 3.776.676 trabajadores.

que los derivados del mandato constitucional de igualdad o de los propios parámetros de definición de la representatividad y legitimidad de los sujetos negociadores (art. 87 y 88 ET). Nótese sin embargo como este criterio funcional, al igual que ha ocurrido con el dato territorial, han pasado algo inadvertidos a este respecto, sobre todo si se compara con la trascendencia que adquirió la definición del ámbito personal, entendido, como se hizo por nuestro Tribunal Constitucional, como equivalente o integrando también a la modalidad del contrato de trabajo —temporal vs. indefinido—, a efectos de evitar la disparidad de tratamiento.

En la práctica, esa llave para la aplicabilidad del entero texto normativo que es la delimitación del ámbito funcional no es que no haya suscitado dudas¹³ o polémicas —de hecho, suelen ser bastante pobres, o cuando menos escuetas, las definiciones que los convenios adoptan al respecto pese a su gran trascendencia—, pero no tantas como en principio podía hacer pensar la casi omnímoda libertad de la que gozan las partes negociadoras de un convenio colectivo. Es más, el catálogo al que alude la disposición estatutaria ha terminado siendo suplantado por el listado que proporciona la Clasificación Nacional de Actividades Económicas¹⁴, que sirve a estos efectos como criterio definidor por excelencia de la actividad de la empresa y, además, desde un inicio, a modo de apriorismo, con lo que ello representa de cara a la creación de inercias o prácticas en ese sentido.

En todo caso, dictaminar, asesorar e informar sobre el ámbito funcional de un convenio colectivo, o de los convenios colectivos, es la competencia originaria y principal de la CCNCC, sin ejecutividad eso sí, pues como sigue diciendo la hoy DF 2.ª ET: *las decisiones de esta Comisión se entenderán siempre sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a la jurisdicción y la autoridad laboral en los términos establecidos por las leyes, pero con una enorme trascendencia real debido más que nada al prestigio alcanzado por la misma y a su forma de actuar*¹⁵.

Sobre ese particular cabe señalar que las normas de procedimiento que regulan la forma de acceso a la Comisión, aun breves, no han dejado de

¹³ Probablemente la obra de mayor interés de la Comisión, desde el punto de vista de la práctica forense al menos, sea la recopilación de decisiones adoptadas en su seno sobre el ámbito funcional de los convenios, *El ámbito funcional de los convenios colectivos. Respuestas de la Comisión Consultiva Nacional a las consultas planteadas*, CCNCC, MTAS, 1998 (1.ª ed.), 2000 (2.ª ed.).

¹⁴ La actual (CNAE-93), adaptada a los requerimientos estadísticos de la Unión Europea (NACE) se encuentra regulada por el Real Decreto 1560/ 1992, de 18 de diciembre.

¹⁵ Así parece atestiguarlo también la demanda creciente de actuaciones incardinables en esta categoría, tal como indica la última de las memorias de actividades publicadas por la Comisión, la perteneciente al ejercicio de 2003, y en la que se cuantifica el aumento interanual en un 22,29%, con más de 200 actuaciones. *Vid.* «Estado Social...», cit., pág. 188.

plantear alguna que otra necesidad interpretativa y de concreción, sobre todo, por la falta de diferenciación según la competencia a desarrollar, así como sobre el alcance de las mismas. De hecho, dichas normas, que se encuentran en el art. 3 RD 2976/1983, apenas se limitan a indicar que la legitimación para solicitar su actuación corresponde a: 1) las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas; 2) cualquier órgano o entidad sindical o empresarial que, en virtud de su representatividad, acredite un interés legítimo en la consulta que formule; y 3) cualquier autoridad laboral o jurisdiccional que tenga competencia en asuntos relacionados, directa o indirectamente, con la aplicación o interpretación de un convenio colectivo.

Escasez general de normas de trámite que provoca lagunas y hasta ausencias notables, incluso, en la misma lista sujetos de legitimados, como es el caso de la comisión paritaria del convenio colectivo (art. 85, e ET), lo cual no parece del todo comprensible. Estas carencias se hacen más patentes aún, se decía, si se distingue entre el planteamiento y la determinación del ámbito funcional de un convenio colectivo, en el sentido de identificarlos como dos momentos procesales diferentes, uno previo al inicio de la negociación y el otro posterior. Es decir, uno coincidente como el momento de asesoramiento sobre la mejor o más idónea unidad funcional a constituir, mientras que el segundo sería el de especificación de las concretas actividades comprendidas en su seno¹⁶, una vez ya definido o delimitado su ámbito funcional. Y ello, toda vez que se trata de situaciones fácticas completamente diferenciadas, debiendo estar la primera exclusivamente reservada a los sujetos negociadores y la segunda, si así se ha decidido, al mayor elenco posible.

En relación a este último extremo cabe decir no obstante que es cierto que los miembros de estas comisiones paritarias siempre podrían vehicular su pretensión a través de las organizaciones empresariales o sindicales a las que se encuentren adscritos sus miembros; o que, en todo caso, la exclusión manifiesta y expresa en orden a la representación unitaria de los trabajadores en la empresa (difícilmente encuadrable en la categoría de *cualquier órgano o entidad sindical*) puede considerarse hasta acertada, por cuanto que en ese nivel de negociación —recuérdese que estos representantes son también sujetos legitimados para la constitución de la comisión negociadora y que a éstos son a los que principalmente debe asesorar la Comisión Consul-

¹⁶ Así lo hace VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 17/1984, pág. 15, en el más completo estudio que sobre esta materia puede consultarse (nota, la paginación corresponde a la versión CD-DVD de la publicación, no coincidente con la versión impresa).



tiva— no se plantean dudas sobre su alcance funcional¹⁷, por lo que resulta meridiano que no es a éstos los que se les debe asesorar. Sin embargo, nada hubiera obstado a una mejor o mayor especificación¹⁸.

En cuanto al resto del procedimiento, incluida alguna clase de instrucción sobre la formulación inicial o la necesaria documentación de las instancias, lo cierto es que apenas se discierne en el Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión, aprobado por Orden de 28 de mayo de 1984¹⁹, alguna regla adicional de carácter directo. De forma mediata, las que se refieren, respectivamente, a la preparación y despacho de los asuntos (art. 8) o a la periodicidad de las convocatorias de reuniones (art. 9). Si bien, y como indica la disposición final primera de este mismo Reglamento interno, ha de entenderse en todo caso que son de aplicación supletoria las reglas propias de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3.2. En el proceso de derogación de las Ordenanzas Laborales

Que la trascendencia en orden a la determinación o el planteamiento del ámbito funcional de los convenios colectivos es un tema muy ligado a la estructura sectorial de nuestro mapa de negociación y que, a su vez, la referencia al catálogo de actividades que habría de servir de guía a los negociadores, en cuanto que competencias específicas y originales de la CCCNCC, auguraban la existencia de cambios profundos en el mismo, es algo que ya se ha puesto de manifiesto a efectos explicar la necesidad o argumentación que debió servir para justificar la creación de la propia Comisión. Pero también es necesario para que el silogismo sea completo hacer una alusión al papel que, a modo de relación de directa proporcionalidad, jugó el régimen que se dispensó a uno de los instrumentos más singulares en la transición a nuestro sistema democrático de relaciones laborales. Nos referimos, evidentemente, a la suerte de las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo. Normas sectoriales por excelencia y con una vigencia temporal extendida mucho más allá de lo que en principio previó el ET de 1980.

¹⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión...», *op. cit.*, pág. 9.

¹⁸ Sobre estas restricciones en materia de legitimación revela sin embargo la citada memoria de actividades de la CCNCC que no son óbice en realidad para que la subcomisión correspondiente o los Servicios Técnicos del organismo terminen resolviendo las consultas, entrando incluso en el fondo del asunto. Eso sí, una vez acreditada la existencia de un verdadero interés legítimo, y siempre en asuntos referidos a la determinación del ámbito funcional de los convenios, *vid.* pág. 178.

¹⁹ BOE núm. 137, de 8 de junio.

No corresponde entrar a analizar ahora la suerte de esta normativa reglamentaria, pero sí recordar, aunque sea muy someramente, el importante papel que le tocó jugar a la CCNCC en orden a la sustitución y derogación definitiva de las mismas, que hasta mucho menos tiempo de lo que se puede llegar a imaginar, han estado rigiendo la regulación de no pocas relaciones laborales.

El momento clave de esta nueva y adicional atribución competencial fue, como se sabe, la reforma operada a mediados de los años noventa, concretamente por la ley 11/1994, por la que se dio nueva redacción a la entonces disposición transitoria segunda (finalmente sexta) ET. Con ella se instauró un singular y no poco cuestionado²⁰ procedimiento, con prórroga legal *in extremis* incluida, que se estructuraba en tres fases: primero, con informes de cobertura por parte de la CCNCC para que el Ministerio pudiera proceder directamente a la derogación si su sentido era favorable; segundo, para el caso de que la solución anterior no resultara aconsejable —vgr. porque provocara importantes vacíos de cobertura—, se habilitaba a la Comisión para que jugase un papel de mediador, invitando a las partes legitimadas para que procedieran mediante la negociación de un convenio específico a una especie de derogación por sustitución; tercero, si ninguna de los mecanismos anteriores fuere factible, se facultaba entonces a que la misma CCNCC pudiera ordenar el sometimiento de la cuestión a un proceso de arbitraje, mediante el cual se ordenarían las condiciones de trabajo aplicables en el concreto ámbito funcional de referencia²¹.

Aunque como es bien conocido éste era un encargo coyuntural y muy acotado en el tiempo, toda vez que el conjunto del proceso tenía fecha de caducidad expresa, y dejando aparte también el dato de que los propios agentes sociales mediante la suscripción del Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos²² (el 28 de abril de 1997) evitaron cualquier tentación legislativa para una prolongación adicional²³, la idea a subrayar es como una

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J., «Derogación de Ordenanzas Laborales y negociación colectiva», *Relaciones Laborales* 14/1995, págs. 26 y ss.

²¹ Vid. el ilustrativo trabajo de GARCÍA BLASCO, J., «La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social* 3/1997, págs. 255 y ss, en especial, el listado anexo en el que se indica la suerte final de cada uno de los ámbitos funcionales sometidos al imperio de las diferentes Ordenanzas.

²² Un estudio conjunto y de valoración del proceso en el Capítulo a cargo de VALDÉS DAL-RE, F., «Proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva: una aproximación», dentro del informe publicado a instancias también de la CCNCC, *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las Ordenanzas Laborales*, MTAS, 2004, págs. 127-147.

²³ Al término del año 2003, y tras el sometimiento a arbitraje del caso de la Marina Mercante, aun quedaba pendiente el proceso de sustitución de la Ordenanza en el sector de Limpieza de Edificios y Locales. Vid. «Estado...», *op. cit.*, pág. 185.

materia muy ligada a la que llegó a justificar la propia creación de este organismo sirvió para adjudicarle un papel intenso, pero nuevo, a una institución que quizás desde el principio de su concepción, pero más aún entonces, comenzaba a hacer patente una de las características que le ha sido consustancial: la falta de un objeto material con cometido suficiente como para justificar su propia continuidad.

3.3. En materia de adhesión y extensión de convenios colectivos

Este último mensaje sobre esa especie de crisis permanente, y no tanto de identidad como existencial o de subsistencia —idea, sin duda, central para comprender el devenir de la CCNCC—, se puso en realidad de manifiesto con anterioridad al episodio descrito en torno a la sustitución de las Ordenanzas Laborales. Tal como se indicó cuando se hizo referencia a la aprobación del RD 2976/1983, por el que se procedía a constituir formalmente la Comisión, una de las razones que se arguyeron para justificar la tardanza de su aparición así como la elevación del rango jerárquico que éste supuso, fue precisamente la atribución de nuevas y, en parte sorpresivas²⁴, competencias en materias próximas a la autonomía colectiva, aunque bien distintas a las propias del planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios.

En efecto, el art. 2.1 del RD 2976/1983 prevé que la CCNCC, en el ejercicio de su función consultiva, podrá también evacuar informes y dictámenes no vinculantes sobre: *b) la posibilidad de un acuerdo de adhesión a un convenio colectivo en vigor*. Informe que podrá ser instado por las mismas partes interesadas y a través del mismo procedimiento aplicable que para el resto de sus funciones consultivas. Más allá de la significación institucional que supuso esta nueva atribución competencial, lo cierto es que jurídicamente tampoco se entiende bien el papel de este trámite si se parte de la falta de carácter preceptivo con el que se presenta. Y es que en el acuerdo de adhesión, debe recordarse, las partes legitimadas son soberanas a la hora de decidir si quieren dar contenido propio a su acuerdo de manera originaria o si lo quieren hacer por remisión, siempre que, en este segundo caso: 1) no estén afectadas ya por lo dispuesto en otro convenio; 2) lo hagan a la totalidad de un convenio en vigor y; 3) así lo comuniquen a la autoridad laboral competente a efectos de registro. Por lo que es difícil imaginar qué papel le queda realmente a un dictamen de la Comisión en torno a «la posibilidad de un acuerdo de estas características», más allá que el de ayudar a

²⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión...», *op. cit.*, pág. 9.

localizar posibles ámbitos o espacios de afectación —*ex art. 84 ET*—, o lo que es lo mismo, de indicarle a los sujetos negociadores si ya están, o no, sometidos al ámbito funcional de aplicación de un convenio en vigor. Y ello, toda vez que desde el punto de vista de la posibilidad de emitir un juicio de oportunidad²⁵, sea por motivos de mera conveniencia económica o sindical, o como una especie de test previo de legalidad, a modo de visto bueno, resulta de todo punto inhábil y puede afirmarse que hasta absolutamente improcedente desde la perspectiva del necesario respeto a la autonomía de las partes y a su derecho a la negociación colectiva.

El difícil papel que le queda pues a este informe, unido a la propia dinámica de los acuerdos de adhesión —de la que no hace falta apenas recordar los inconvenientes que ha representado la exigencia legal de que se refiera *a la totalidad* de un convenio en vigor²⁶—, y sin perjuicio de reconocer también de manera expresa la falta de datos empíricos sobre el número de expedientes que se hayan podido tramitar al respecto²⁷, permiten afirmar no obstante que constituye ésta toda una manifestación del carácter secundario que se le ha dispensado a la CCNCC, así como de la falta de acierto en el modo con el que se pretendió en su momento fortalecerla o animarla, al menos, en cuanto a las facultades en materia de acuerdos de adhesión a convenios.

El segundo pilar sobre el que se asentó la ampliación competencial llevada a cabo por el RD 2976/1983 fue el relativo a los actos de extensión de convenios colectivos. Institución también regulada por el art. 92 ET y que comparte con la anterior la virtualidad de ensanchar o ampliar los ámbitos de aplicación de un convenio colectivo ya negociado, presenta no obstante una notable diferencia en cuanto a su naturaleza jurídica, toda vez que se ha de incardinar entre las manifestaciones heterónomas por antonomasia, es decir, de las propias del poder público y completamente ajena a la autonomía colectiva. El acto por el que se decide la extensión de los efectos de un convenio colectivo sólo puede efectuarse así por parte de una autoridad administrativa, de ahí que se haya de prever siempre a modo de excepción y a efectos de cubrir la ausencia de regulación propia que pueda existir en un determinado ámbito funcional y territorial. Esta ausencia de regulación convencional, según la regulación actualmente vigente, ha de encontrar su causa en la imposibilidad para suscribir un convenio colectivo propio —*vgr.*

²⁵ En ese sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión...», *op. cit.*, pág. 15.

²⁶ OLARTE ENCABO, S., *El convenio colectivo por adhesión: régimen jurídico-positivo*, Civitas, 1995.

²⁷ Pese a la concisión, no reñida con la profusión, de los datos mostrados por la memoria de actividades de la CCNCC, «Estado...», *cit.*, es quizás éste el único aspecto que no se desagrega dentro del apartado de informes y dictámenes.



por no existir sujetos legitimados *ex arts. 87 y 88 ET*—, con independencia de que también se haya de constatar una considerable deriva de perjuicios por dicha falta de regulación a efectos de dictaminar sobre la procedencia de la extensión.

Con independencia del proceso de reformas normativas que se han operado posteriormente en el art. 92.2 ET²⁸, y que sirven para convalidar ampliamente sus desarrollos reglamentarios, lo cierto es que la irrupción en su día, entre el marco de competencias y atribuciones de la CCNCC, del dictado del art. 2.3 RD 2976/1983 provocó no pocas dudas acerca del carácter *ultra vires* del mismo. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con el resto del cuadro competencial de la Comisión, para esta concreta materia se previó que la intervención de la misma fuera preceptiva en todos los expedientes, a pesar de que ni en los preceptos legales de referencia —en su redacción originaria de 1980, el art. 92.2 y la disposición adicional 8.ª ET—, ni en la hasta entonces normativa reglamentaria de desarrollo del procedimiento de extensión —RD 572/1982, de 5 de marzo—, se hubiere previsto detalle alguno en ese sentido²⁹.

El devenir de esta nueva facultad ha propiciado sin embargo algunos avatares, cuando menos curiosos, desde el punto de vista de la «suerte» que parece tener reservada esta Comisión Nacional. Nos referimos sobre todo al criterio con el que el Tribunal Constitucional ha dirimido los conflictos en los que de forma más o menos mediata se ha visto envuelta la misma o, mejor, las competencias sobre las que desarrolla sus quehaceres. Más concretamente en este caso, las de consulta en los expedientes de extensión de convenios colectivos, aunque también pueda afirmarse de las más genéricas de asesoramiento en orden a cuestiones propias del proceso de negociación colectiva. Y ello, por cuanto que lo que ha venido a establecer esa doctrina,

²⁸ *Vid. supra* nota 4 y VALLE MUÑOZ, F.A., «El procedimiento de extensión de los convenios colectivos», *Temas Laborales* 82/2005, pág. 93 y ss.

²⁹ Apuntaba VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión...», *op. cit.*, pág. 16, en relación a los cambios cualitativos que suponía esta nueva atribución competencial que ello afectaba sin duda al propio cariz o esencia de la institución, en cuanto que llegaba a transformar «la actuación cooperativa de la Administración en punto al logro de intereses singulares y específicos para transformarse en un órgano consultivo de participación de los intereses sociales en el ejercicio de funciones administrativas». Por su parte, cabe indicar también que este dictamen de la Comisión se añadía a los informes ya previstos en el RD 572/1982, a cargo de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito al que haya de extenderse el convenio (art. 6,2 RD 572/1982), así como de la comisión paritaria del propio convenio que iba a extenderse (art. 6,3), por lo que el sentido del mismo, con independencia de la crítica que podía suponer desde el punto de vista de su necesidad, quedaba aún más limitado en cuanto a las coincidencias o identidades funcionales del ámbito extendido y del ámbito a extender, lo cual no era (ni es) por otra parte, y aunque pueda parecer lo más lógico, preceptivo u obligatorio.

fijada como se sabe dentro del esquema constitucional de reparto de materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³⁰, es que el acto de extensión de un convenio colectivo no es un acto normativo en sentido estricto, creador de derechos y obligaciones que afecten a los ciudadanos —estos los crea directamente el acuerdo alcanzado por la autonomía colectiva—, por lo que ha de calificarse como una competencia de ejecución de la legislación laboral y, por ende, propio del haz de facultades de las Comunidades Autónomas, salvo que por razones de extraterritorialidad hayan de ser asumidas por la Administración Central³¹. Lo cual supone, como hoy viene a establecer la normativa de desarrollo, que esta competencia de la CCNCC sólo debiera conservar ese carácter preceptivo cuando se trate de un expediente de extensión cuya competencia de conocimiento y resolución correspondiera a una autoridad administrativa de carácter central, pues lo contrario supondría extravasar o invadir las competencias propias de las Comunidades Autónomas³².

Conviene precisar finalmente que dentro del arco de competencias de la CCNCC pervive por tanto su participación en el seno de los procedimientos de extensión de convenios colectivos, al menos, de aquellos que sean de

³⁰ Fundamentalmente, a través de las SS TC 86/1991, de 25 de abril y 102/1991, de 13 de mayo. *Vid.*, el trabajo realizado en coautoría con RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., CALVO GALLEGU, F.J. Y DE SOTO RIOJA, J.M., «Competencias de las Comunidades Autónomas», en *Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*, XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, págs. 343 y ss., Tecnos-CARL, 2001.

³¹ En parecidos términos cabe decir que esta misma instancia constitucional tiene establecido que la cuestión del asesoramiento en materias propias de la negociación colectiva por parte de un organismo financiado por el Estado ha de entenderse como un instrumento de colaboración, es decir, como el ejercicio de una facultad más que de una competencia, por lo que ello no supone en sí un supuesto de invasión competencial, pues nada impide a la CCAA crear sus propios organismos a estos mismos efectos. Ahora bien, y para el caso de que se ejerciera esa competencia autonómica, debe quedar claro no obstante que su jurisdicción estará necesariamente limitada a supuestos intraterritoriales, sin que en ningún caso pueda quedar habilitada para alterar el procedimiento de creación de un convenio colectivo (vgr. estableciendo con carácter preceptivo la emisión de informe alguno), por ser ésta una actuación normativa propia de la materia laboral sobre la que sólo puede legislar el Estado.

³² STC 17/1986, de 4 de febrero. Cabe anotar, sin embargo, como este argumento sirvió para defender el carácter preceptivo con el que se presentaba el informe de la Comisión en todos los expedientes de extensión mientras no cambiara la normativa, al menos, durante esos años, al rechazarse entonces la tesis de que sólo tenía sentido que el informe se tuviera que emitir por el organismo estatal y no por el equivalente autonómico, cuando fuera el Ministerio el que tuviera la competencia del acto de extensión. MARTÍNEZ FONS, D., «Novedades en materia de extensión de convenios colectivos. Comentario al RD 718/2005, de 20 de junio (BOE de 2 de julio de 2005), que aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos», IUSLabor, 3/2005, www.upf.edu/iuslabor/032005/art06.htm.

la competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al ser designada a esos efectos como *órgano consultivo competente*. Así se recoge expresamente en el art.7.2 del RD 718/2005. Precepto en el que también se prevé que dicho informe se habrá de requerir con carácter preceptivo³³, una vez resuelto el trámite consultivo previo a cargo de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en función del ámbito territorial de referencia y, siempre, al objeto de que se pronuncie sobre la concurrencia o no de los requisitos previstos en art. 92.2 ET. Es decir, sobre la imposibilidad de que se pueda alcanzar un convenio colectivo propio en el ámbito de referencia, así como sobre la entidad de los perjuicios que ello provoque³⁴. Por tanto, sobre algo distinto, y más amplio, que la idoneidad de la definición funcional³⁵.

El informe, que goza de carácter determinante³⁶ a los efectos de duración del término y el sentido final de la resolución del procedimiento administrativo, conserva también su perfil no vinculante para la autoridad competente. Sin perjuicio de que se pueda entender como un límite en todo caso a la discrecionalidad administrativa, en el sentido de que ésta deberá razonar y argumentar con mayor profusión que la ordinaria o regular si decide apartarse del sentido que se le recomiende.

³³ Una de las dudas que no se ha disipado con el desarrollo reglamentario es si la Comisión Nacional seguirá actuando y, sobre todo, cómo lo hará, si se le solicita informe o dictamen voluntario, es decir, en los expedientes de carácter intracomunitario o mientras se constituyen los correspondientes órganos consultivos competentes en todas y cada una de las Comunidades Autónomas. Desde el punto de vista de la actuaciones, esta competencia representa una medida de entre 9 y 12 expedientes anuales, muy localizados en determinados sectores, en especial, el de Oficinas y Despachos. Vid. «Estado...», cit., pág. 203 y *Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España: de la regulación estatutaria al nuevo procedimiento de 2005*, MTAS-CCNCC, 2006.

³⁴ Al margen de los informes de parte que sirven para iniciar e instruir el expediente, los Servicios Técnicos de la Comisión elaboran, en estrecha colaboración con los responsables de economía —no en vano, un representante de ese Ministerio asume una de las vocalías de la Comisión—, un estudio del impacto económico que puede representar el acto de extensión, para lo que utilizan datos censales y de cotización de los distintos ámbitos a comparar. En ese sentido la incorporación de los datos, mejor, del código del convenio de aplicación, en los boletines TC2 parece que facilita extraordinariamente la labor.

³⁵ Ajustes que, antes incluso de que fueran fijados por los sujetos promotores de la reforma, fueron anunciados por GARCÍA BLASCO, J., «La Comisión...», *op. cit.*, págs. 258-260.

³⁶ Dice exactamente el apartado primero del art. 7, RD 718/2005, que el informe *tendrá carácter determinante a los efectos de lo previsto en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con lo que interrumpirá el plazo de los trámites sucesivos, y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42.5.c de la citada Ley*, esto es, que el plazo de suspensión será como máximo de tres meses.

4. ¿HACIA UN CONSEJO NACIONAL-ESTATAL DE RELACIONES LABORALES?

Según el esquema prefijado quedan aún por tratar tanto los aspectos puramente fisonómicos como, y sobre todo, funcionales, para poder atisbar lo que haya de ser ese Observatorio de la Negociación Colectiva en el que parece se ha de convertir la CCNCC. En cuanto a los datos de carácter orgánico, y más con un afán meramente descriptivo que de otro tipo, cabe señalar que también desde la perspectiva de la naturaleza organizativa cuenta la Comisión desde sus orígenes con alguna que otra incidencia de relieve. Y es que, adscrita en virtud de lo dispuesto por el art. 1.2 del RD 2976/1983 al Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, tras la disolución de éste ha sido objeto de sucesivas y diversas adscripciones cada vez que se ha modificado la estructura del Ministerio de Trabajo³⁷, pues no ha dejado en ningún momento de ser un apéndice interno de éste.

Ello hace que, desde un punto de vista negativo, nunca se haya podido caracterizar a la CCNCC como un organismo autónomo, entidad pública empresarial o agencia estatal, ni siquiera como un ente administrativo descentralizado o periférico. Y es que, desde un punto de vista técnico-jurídico, la CCNCC carece incluso de un mínimo margen en materia de autonomía de gestión económica o financiera, por lo tanto, de personalidad jurídica y capacidad de contratación. En suma, toda una rémora desde la perspectiva de la organización y la distribución de roles y encomiendas de funciones, que a buen seguro deberá ser enmendada si, como se anuncia, se busca la revitalización una mayor eficiencia de la institución, al menos en cuanto a promoción, estudio y difusión de la negociación colectiva. No en vano, la habilitación que la disposición adicional 7.^a del RDL 5/2006 efectúa en ese sentido a favor de la potestad reglamentaria augura que los cambios serán más que nominales —*el Gobierno podrá adaptar el marco jurídico institucional...*—, con independencia de la fórmula que finalmente se adopte, lo que incluye modalidades que pueden provenir también del Derecho privado, como ha ocurrido precisamente en el caso de otros servicios creados por la autonomía colectiva y la concertación social —vgr. en el caso del SIMA, que se gestiona a través de una fundación—. Pues lo trascendente será en todo caso la garantía de financiación adecuada, es decir, *apoyos técnicos y medios suficientes*, aunque no esté demás tampoco el reconocimiento de personalidad jurídica propia³⁸.

³⁷ Vid. art. 17.3 RD 1600/2004, de 2 de julio, que desarrolla la estructura básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

³⁸ La referencia para el conjunto del Estado es, en ese sentido y sin duda alguna, por el reconocimiento expreso de los propios responsables de los servicios técnicos de órganos simi-

Aun desde el punto de vista de su estructura interna y composición, puede añadirse que la CCNCC, que responde a lo que el art. 38 de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado califica como órgano colegiado³⁹, está compuesta por una serie de instancias ejecutivas y de dirección —Presidente, Vicepresidentes y Secretario— y, lo que es más trascendente, por un pleno en el que se materializa el mandato legislativo de que *funcionará siempre a nivel tripartito*. En efecto, en este órgano deliberante, en el que los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta de los presentes —salvo para el ejercicio de contadas competencias, como la de dictaminar en materia de extensión de convenios, en cuyo caso se eleva la mayoría absoluta a la del total de los miembros de la Comisión⁴⁰—, están representados con seis vocales cada uno de los siguientes sectores: a) la Administración del Estado; b) las organizaciones sindicales más representativas; y c) las asociaciones empresariales más representativas. Vocales, sobre todo los pertenecientes a los dos últimos grupos, que son nombrados por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, pero *a propuesta vinculante de éstas*⁴¹, lo que constituye la principal garantía de independencia y respeto a la autonomía de las partes, que es otro de los mandatos contenidos tanto en la regulación estatutaria como en la previsión de la más reciente reforma.

lares, el ejemplo que representa el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Vid. sobre su morfología y creación la primera parte del libro *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, coord. J. Cruz y M. Rodríguez-Piñero, *Monografías de Temas Laborales*, 14-2003.

³⁹ En la actualidad no hay mayor dificultad para incardinar a la CCNCC dentro de esta categoría, pues como dice el apartado primero: *Son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus Organismos públicos*. Añadiendo el art. 39.3 que: *En la composición de los órganos colegiados podrán participar, cuando así se determine, organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurren en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos*. La referencia se incluye sobre todo por las dudas acerca de la naturaleza jurídica, niega la de órgano administrativo, que desliza en su estudio VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión...», *op. cit.*, pág. 6, que califica la figura de «incierta tipificación».

⁴⁰ Art. 11.2 OM 28 de mayo de 1984.

⁴¹ Art. 4 RD 2976/1983. Sobre el necesario funcionamiento y carácter tripartito de la Comisión expone el Prof. VALDÉS DAL-RÉ, F., «La Comisión...», *op. cit.*, pág. 7, sobre todo a través del recurso al Derecho Comparado, como ello no ha de ser necesariamente sinónimo de igual número de representantes de todas y cada una de las partes, sino del origen de las representaciones y más específicamente de los que provengan de la Administración. Tal y como hasta parece que se viene interpretando no sólo en la CCNCC, sino en general en casi todas las manifestaciones de participación institucional, tanto a nivel estatal, como autonómico o local.

Una última cuestión, sin duda trascendente pese a que no se conozca la existencia de mayores dificultades aplicativas, es la del alcance de esta forma de participación y la racionalidad de quienes hayan de ser «organizaciones más representativas» a estos efectos⁴². La pregunta viene dada no sólo porque la normativa que sirvió para configurar la CCNCC en su momento fuera anterior a la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical, sino porque resulta también de interés delimitar hasta qué punto puede considerarse la integración de las organizaciones sindicales y empresariales en estos órganos o estructuras administrativas como una manifestación típica del derecho de participación institucional, *ex art.* 6.3 a) LOLS. En este sentido, parece que habrá de ser determinante tanto el marco de competencias materiales que finalmente desarrolle el órgano, como la entidad y el acceso al disfrute de las ayudas y compensaciones o, incluso, el nivel de información que resulte disponible. Sobre todo, a efectos de enjuiciar si se exceden los límites que representan la proporcionalidad y la objetividad, principios que ha de servir para que la delimitación de unas organizaciones en detrimento de otras no sobrepase el límite de la discriminación y por tanto de la constitucionalidad⁴³.

En todo caso, y de lo que cabe menor duda es que si el objetivo final fuera la creación de un foro, un espacio de encuentro más, con capacidad para el debate o la elaboración de propuestas propias —más allá, evidentemente, de la emisión de parecer o dictamen sobre proyectos legislativos o específicamente gubernamentales, para lo que ya existe el Consejo Económico y Social—, es decir, de institucionalizar un nuevo cauce para la negociación —sobre la negociación, valga la redundancia—, nos encontraríamos más ante una manifestación de lo que se ha venido a denominar modelo de cooperación o actuación cooperativa que de especificación del derecho a la participación institucional en sentido estricto, como sinónimo de incorporación de los agentes sociales al proceso de elaboración de decisiones de contenido político. Muy difícil distinción, no puede negarse, por la actual mezcla de competencias que se ejercen en la CCNCC, y sin perjuicio de los argumentos que en su apoyo puedan buscarse tanto en el Convenio 150 OIT

⁴² Cabe anotar de hecho, y pese a no existir disposición específica al respecto, como en la composición del pleno se da acogida tanto a los sindicatos más representativos a nivel estatal como a los que ostentan ese carácter a nivel autonómico, repartiéndose las seis vocalías del siguiente modo: dos de UGT, dos de CCOO, una de CIG y la última de ELA-STV.

⁴³ La evolución de la institución de la mayor representatividad, sobre todo, de las diferentes facultades que la LOLS reserva en exclusiva a los sindicatos que ostenten la condición de más representativos, se ha visto siempre condicionada, como se sabe, por la jurisprudencia constitucional, sin que sea ésta una excepción. *Vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, 1990, 207 y ss, y específicamente la STC 39/1986, de 31 de marzo.



(1979), sobre la Administración de Trabajo y las posibilidades de integrar organizaciones sindicales y empresariales; como en el número 154 (1981), también de la OIT —y su correspondiente Recomendación, la 163—, sobre la negociación colectiva y la diversidad de medios de fomento y apoyo de la misma.





EL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO EN LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

El análisis económico del último gran pacto social en materia de mercado de trabajo, observado desde la perspectiva su incardinación en el contexto de otros acuerdos y reformas precedentes, así como de las reformas que aún pueden considerarse pendientes, es el objetivo principal de este trabajo. En ese sentido, quizás el primer dato a destacar es el del papel de la concertación social, en términos de estabilidad política y social, en cuanto que torna en elemento preciso para afianzar una dinámica de crecimiento continuado de la formación bruta de capital, vía atracción de inversiones externas o vía estímulo al ahorro interno.

Desde un punto de vista objetivo o material, la temporalidad —la lucha contra el exceso peso de la misma—, que ha sido la transformación más importante en las relaciones laborales en los últimos 20 años del siglo pasado y que caracterizó la evolución del mercado de trabajo español, se constituye en el eje vertebrador de la reforma, más que la propia creación de empleo. Pero también cabe resaltar, pese a que no se trata de una reforma integral, que cabe esperar que efectos del nuevo marco regulatorio se extiendan a su vez sobre la dinámica de la productividad, en la medida en que el encarecimiento relativo en el uso del trabajo temporal lleve a una búsqueda de recortes de los costes laborales a través de mejoras en el rendimiento del trabajo. De obtenerse tales resultados, cabría hablar de un éxito importante en la aplicación del acuerdo.

Como punto de conclusión se ha de señalar en todo caso que todavía es pronto para poder hacer valoraciones sobre las consecuencias que la puesta en marcha del acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo. Hacer previsiones sobre su evolución futura es deslizarse por un terreno resbaladizo. El fuerte crecimiento del empleo que se ha puesto de manifiesto en la última década ha estado enmarcado en un entorno general de estabilidad económica de reducción de inflación y de tipos de interés en relación a la puesta en marcha del euro como moneda única. Las circunstancias del entorno ha cambiado en los últimos años y el fenómeno más relevante que se está produciendo en la economía y sociedad española de la última década es el creciente fenómeno inmigratorio. Los efectos de la incorporación de estos trabajadores a las nuevas condiciones del mercado laboral repercutirán en los resultados del acuerdo que aquí hemos recogido.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ENTORNO ECONÓMICO LABORAL MÁS RECIENTE
3. EL CAMINO DE LAS REFORMAS LABORALES
4. Y UNA REFLEXIÓN SOBRE LA TEMPORALIDAD EN ESPAÑA
5. EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LA ACTUAL REFORMA
6. EL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO
7. HACÍA UNA EVALUACIÓN DEL ACUERDO

1. INTRODUCCIÓN

Resulta en exceso prematuro hacer en este momento un balance de los resultados del Acuerdo para la mejora del Crecimiento y del Empleo (AMCE), firmado el 9 de mayo pasado y con efectos económicos a partir del 1 de julio, tras la entrada en vigor del RDL 5/2006 que traspassa a norma legal lo suscrito en dicho acuerdo. Sabido es que el economista necesita del dato estadístico, de la represtación numérica de la realidad económica, para poder aventurar juicios sobre la marcha de dicha realidad, comparando situaciones presentes con las pasadas. En este momento carecemos de la suficiente perspectiva temporal como para afirmar categóricamente sobre los impactos económicos, en el mercado de trabajo y en el sistema económico en su conjunto, de las modificaciones introducidas en la legislación laboral que alteran la estructura de incentivos para los agentes sociales ante determinadas actuaciones, particularmente en el ámbito de la contratación.

En una primera aproximación se puede afirmar que los contenidos del AMCE modifican la estructura de costes laborales, encareciendo diferentes formas de «trabajo flexible» para favorecer la contratación indefinida, que se abarata a través de incentivos en determinadas situaciones. El resultado, implícito en el propio acuerdo, se habrá de reflejar en una dinámica de contratación de carácter indefinido más intensa de lo que hasta la fecha ha acontecido, de tal modo que la *tasa de temporalidad*¹ del mercado laboral español tienda a disminuir.

Para evaluar el resultado obtenido, de acuerdo con criterios de eficacia o de eficiencia, habrá de definirse, en primer lugar, el contenido propio de tal evaluación, al tiempo que la metodología específica para llevar a cabo tal función. Sobre ello se establecerán algunas reflexiones en este trabajo.

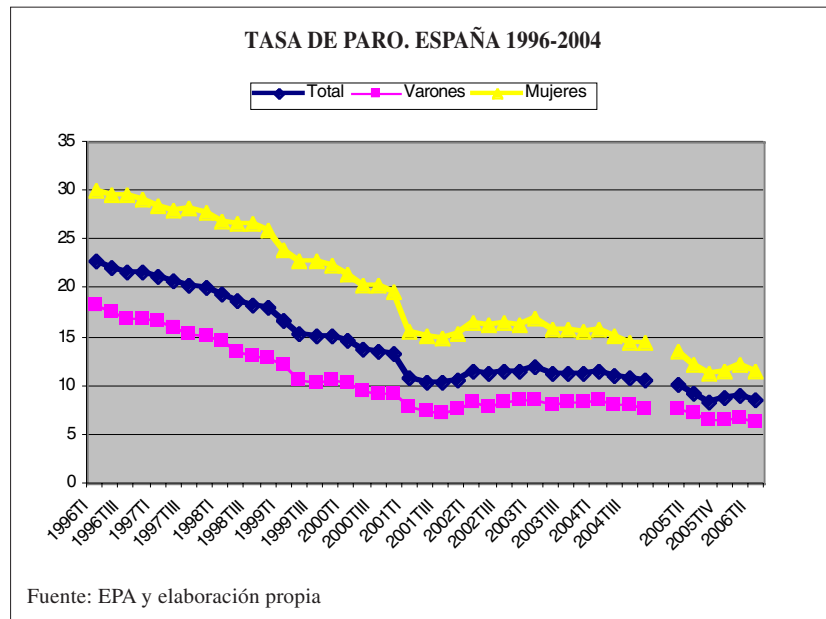
Pero previo a ello y al análisis preliminar de resultados, conviene antes enmarcar el AMCE en el entorno económico laboral en el que se suscribe y

¹ La *tasa de temporalidad* se define como el cociente entre el número de asalariados con contrato por tiempo definido y el total de asalariados por cien.

en la senda de acuerdos sociales establecidos en la reciente historia laboral española que en laza con el discurrir de la reforma laboral desarrollada en las últimas décadas. Y todo ello nos permitirá observar el acuerdo en el contexto de las reformas pendientes, bajo la interpretación propia derivada del análisis anterior, pero también contrastando con las recomendaciones elaboradas por la Comisión de Expertos que elaboró por mandato de la Declaración para el Diálogo Social (Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social), firmada entre el Gobierno y los interlocutores sociales en julio de 2004, que abrió el camino al proceso de concertación social que hemos vivido estos dos últimos años.

2. EL ENTORNO ECONÓMICO LABORAL MÁS RECIENTE

En los últimos diez años la economía española y, en especial, el mercado de trabajo español, ha experimentado un ciclo de crecimiento acelerado, con niveles superiores a los de los socios comunitarios, y con fuerte generación de empleo. Al principio de los años 90 la tasa de paro alcanzaba un nivel superior al 20 por ciento de la población económicamente activa; la mayor tasa de paro del mundo desarrollado. En la actualidad los parados representan poco más del 9 por ciento de la población activa, representando lo que podría ser clasificado como el proceso de generación de empleo más exitoso de la historia económica reciente de España.



A pesar de lo anterior, del éxito obtenido en materia de crecimiento del empleo, se ha observado un incremento de la precariedad laboral en España caracterizado por la moderación salarial y, sobre todo, por una elevada y sostenida tasa de temporalidad.

Más en detalle, conviene señalar como el mercado laboral español ha adolecido, tradicionalmente de una muy baja tasa de actividad. Tal situación se mantuvo, incluso empeorado, hasta bien entrados los años ochenta del siglo pasado; desde entonces se ha producido un cambio paulatino e intenso que ha supuesto un aumento del orden de ocho millones de personas en el volumen de la población activa, contando desde 1976 a 2006², es decir un crecimiento de casi un 60 por ciento en un período de 30 años.

En términos demográficos, la tasa de crecimiento vegetativo ya era similar a la media comunitaria a principios de los años noventa del siglo XX, cuando tan sólo quince años antes la superaba en más de seis puntos porcentuales. La natalidad en España ha experimentado un acusado descenso, al compás de la incorporación de la mujer al mercado laboral. Tan sólo a partir de la entrada de población extranjera, en la segunda mitad de la década de los años noventa del siglo XX, el crecimiento de la población española se ha animado; esto ha significado que la población, en términos absolutos, vuelva crecer cuando ya parecía que se había introducido en una senda regresiva.

A consecuencia de lo anterior la población española envejece de forma intensa y ni tan siquiera el flujo de inmigración registrado a partir de 1.995 parece alterar, de forma significativa, tal tendencia. Este rasgo de la oferta de trabajo, su envejecimiento, no muy diferente a lo que está ocurriendo en el resto de los países de la UE, introduce ya problemas graves de disponibilidad de mano de obra, al tiempo que genera fuertes incertidumbres sobre el sistema protección social, particularmente sobre el futuro de las pensiones (públicas y privadas), en tanto que la esperanza de vida de los españoles se alarga de modo continuo, con niveles absolutos de los más elevados en el contexto mundial.

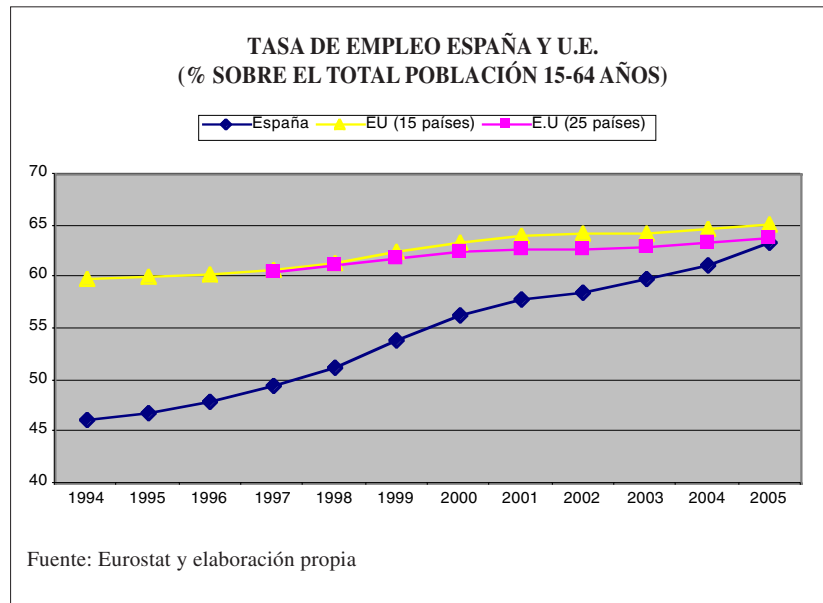
Y junto a ello es preciso tener en cuenta el acortamiento que se viene produciendo desde hace lustros del período de vida activa de los españoles. Se retrasa la edad de entrada al mercado laboral y se reduce paulatinamente la edad de retiro de la actividad laboral, a través de mecanismos diversos de jubilación anticipada. Eso significa una menor oferta potencial de trabajo y

² En concreto, en el segundo trimestre de 1976 (primera estimación a través de la Encuesta de Población activa en España), la población activa ascendía a 13.666, 3 miles de personas y en el cuarto trimestre de 2005, esta cifra ya era de 21.155,5 miles de personas.

un saldo decreciente en la relación activos/pasivos del sistema de Seguridad Social³.

Por otro lado, el aumento relativo de población activa femenina es muy acusado en el caso español, debido a los intensos cambios socioculturales que ha experimentado el país en las tres últimas décadas, que han contribuido a dinamizar la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo. Esto significa también un cambio intenso en la estructura del mercado laboral y la expansión de nuevas actividades productivas auspiciadas por tal fenómeno de la feminización de la oferta laboral. En el resto de la Unión Europea también se está registrando un proceso de feminización en sus respectivos mercados laborales, pero no con tanta intensidad como en el caso español.

En España la tasa de empleo viene dibujando una senda de crecimiento sostenido desde 1994, en consonancia con el ciclo económico expansivo, con tasas de crecimiento del Producto Interior Bruto, superiores, de forma continua, a la media registrada por el conjunto de la Unión Europea.



³ Parece, no obstante que en los años más recientes, se podría estar frenando esta tendencia, al menos en lo que respecta a la caída en la tasa de participación laboral de la población con más de 55 años.

La tasa de empleo muestra una tendencia ascendente desde hace dos décadas, aunque con episodios depresivos en la primera mitad de la pasada década, coincidiendo con la fuerte crisis que experimentó la economía española —y la mundial— en ese periodo. A partir de 1994 la tasa de empleo recuperó la senda ascendente hasta la actualidad.

Y a pesar de esta evolución, aún subsisten diferencias importantes en cuanto al nivel de empleo en relación con las principales economías de la Unión Europea y del resto de los países desarrollados. La tasa de empleo se sitúa en España casi cinco puntos porcentuales por debajo de la media europea. Diferencia que se ha venido reduciendo de forma intensa en las últimas dos décadas.

Estas diferencias en materia de tasa empleo, con respecto a la Unión Europea, vienen explicadas, fundamentalmente, por el comportamiento de la tasa de empleo femenino. Aunque se ha reducido el diferencial entre las tasas de empleo masculina y femenina en España, sigue siendo de los más elevados de Europa, situándose en la actualidad en más de 20 puntos porcentuales; la tasa de empleo masculino se sitúa un punto porcentual por encima de la media europea y, sin embargo, la femenina aún se mantiene más de ocho puntos porcentuales por debajo de la respectiva media comunitaria.

TABLA 1
EVOLUCIÓN DEL MERCADO LABORAL ESPAÑOL

Años	Δ PIB	Población mayor de 16 años	Población activa	Tasa Actividad	Población Ocupada	Tasa de Ocupación	Población desempleada	Tasa de Paro	Tasa de dependencia*	Tasa temporalidad	Tasa t. parcial
1985	2,3	28.582,4	14.009,1	49,0	11.004,0	38,5	3.005,1	21,5	32,6	17,8	5,2
1990	3,8	30.429,7	15.465,4	50,8	12.954,9	42,6	2.510,5	16,2	33,8	30,2	4,7
1995	2,8	31.847,3	16.227,6	51,0	12.512,1	39,3	3.715,6	22,9	36,0	34,9	7,3
2000	5,0	33.593,1	18.002,3	53,6	15.505,9	46,2	2.496,4	13,9	36,8	32,2	7,9
2001	3,6	34.067,2	18.050,7	53,0	16.146,3	47,4	1.904,4	10,6	37,4	32,2	8,0
2002	2,7	34.614,6	18.785,6	54,3	16.630,3	48,0	2.155,3	11,5	36,4	31,8	8,0
2003	3,0	35.215,3	19.538,2	55,5	17.296,0	49,1	2.242,2	11,5	35,5	31,8	8,2
2004	3,2	35.810,8	20.184,5	56,4	17.970,9	50,2	2.213,7	11,0	34,8	32,5	8,7
2005	3,5	36.416,0	20.885,7	57,4	18.973,3	52,1	1.912,5	9,2	34,0	33,2	12,5

Tasa de dependencia = (mayores de 65 años) / (población activa) x100

Fuente: Elaboración propia sobre datos EPA (INE)

El crecimiento del empleo experimentado por España en los últimos años no debe ocultar las diferencias aún importantes que nos separan de los estándares medios de la Unión Europea. La tasa de empleo media se encuentra aún lejos, a más de 7 puntos, de la meta establecida para el año 2010 por la Agenda de Lisboa, un 70 por ciento, no habiéndose logrado alcanzar el objetivo intermedio establecido para el 2005 en una tasa del 67 por ciento.

Los problemas del mercado laboral español, en cuanto a generación de empleo, no son sólo de orden cuantitativo, sino también, de modo creciente, en algunos aspectos, en los últimos años, de carácter cualitativo. Nuestro sistema laboral se caracteriza por la existencia de una profunda dualidad en el tratamiento de la oferta laboral por parte de la demanda, según género y edad, entre otras líneas de segmentación del mercado. Como se ha señalado, las mujeres padecen aún una sistemática discriminación laboral que se manifiesta tanto en el acceso al mercado, como en menores niveles salariales. Las mujeres se integran en menor cuantía en el mercado laboral en las edades más tempranas y comienza a declinar su presencia mucho antes (entre 25 y 29 años) que los hombres (a partir de los 45 años).

La edad introduce también una brecha de segmentación importante en el mercado de trabajo español. Jóvenes y mayores muestran una intensidad de inserción relativa en el mercado laboral mucho menor que la población adulta, poniendo de manifiesto la presencia de rechazo (discriminación) en el contexto de los mercados regulados que articulan nuestro sistema de relaciones laborales.

Y, por último, la caracterización actual del mercado laboral español no puede olvidar la fuerte presencia que han adquirido entre la población ocupada, los trabajadores extranjeros. En la última década se ha pasado de una cifra relativa del 1.3 por ciento de extranjeros en la ocupación a otra superior al diez por ciento; fenómeno sin parangón entre los países de la UE.

En síntesis, el crecimiento del empleo de las últimas décadas, se ha sustentado fundamentalmente en la creación de puestos de trabajo de baja calificación, que se han ido ocupando en una buena proporción por mano de obra inmigrante, con efectos negativos en la dinámica de crecimiento de la productividad del trabajo y la productividad total de los factores.

Lo que significa que el crecimiento económico en España se está apoyando en la creación de empleo de baja cualificación, o lo que es lo mismo la expansión productiva no es debida al crecimiento de la productividad impulsada por un más rápido ascenso de la incorporación de I+D+i. Ello redundará negativamente en la competitividad de las empresas españolas, tanto en el exterior como en el interior y, a medio plazo cuestiona incluso el crecimiento futuro de la economía. A este respecto, el déficit exterior que presenta tradicionalmente la economía española se ha ido acentuando en los últimos ejercicios en los que ya la adopción de la moneda europea ha impo-

sibilitado el mecanismo de la devaluación de la divisa, al que se ha acudido a menudo para compensar las pérdidas de competitividad de la economía española. Pero tal fenómeno, el trabajo inmigrante de baja cualificación, no se puede entender como la causa, sino más bien al contrario, como el resultado de la evolución de un sistema productivo que está generando mucho empleo, en detrimento de la productividad del sistema⁴.

Convine hacer referencia, además, a cómo la flexibilidad laboral en España ha venido impulsada de forma intensa, aunque de forma asimétrica, por la reforma del nuevo marco institucional desarrollado desde 1980 en adelante⁵. Las formas de flexibilidad desarrolladas en España, desde los primeros años de la transición democrática, tras la primera reforma laboral (1983-84)⁶ se han concentrado en la flexibilidad cuantitativa externa, y, particularmente en la contratación, es decir en el inicio de la relación laboral, lo que ha sido considerado como un proceso de flexibilización asimétrico con consecuencias desestabilizadoras para el funcionamiento del mercado laboral (dualizando el mercado de los asalariados, con impactos negativos sobre la productividad del trabajo, etc.). En efecto, a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores promulgada en 1983, por la que se introducen incentivos a la contratación temporal, la cifra de empleos temporales sobre el total de asalariados creció espectacularmente, convirtiéndose tal camino en el mecanismo fundamental de flexibilidad cuantitativa del mercado laboral español. Posteriores reformas de la regulación del mercado han tratado o bien de abrir el ámbito de la flexibilidad cuantitativa externa a otras partes de la relación laboral (despidos colectivos, p.e.), o bien incentivar la contratación por tiempo indefinido, o bien impulsar la flexibilidad cuantitativa interna actuando sobre la jornada (contratación a tiempo parcial, ordenación irregular de la jornada, etc.) o bien, incluso, promover otras formas de flexibilidad (salarial o funcional). Y ya sea por lo limitado de tales reformas e incentivos o porque, como apuntan algunos trabajos recientes, se ha instalado en el mercado laboral español un especie de «cultura la temporalidad»⁷ que resulta sumamente difícil de erradicar, el resultado es que la

⁴ Sobre la evolución del sistema productivo español con referencia a la dinámica productiva se puede consultar el trabajo dirigido por Francisco Pérez (2006): *Productividad e internacionalización: el crecimiento español ante los nuevos cambios estructurales*, BBVA-Mundiprensa, Madrid.

⁵ Para un análisis «in extenso» de la reforma laboral en España, desde diversos ángulos analíticos se puede consultar RUESGA, S.M., VALDÉS DAL RÉ, F. y ZUFIAUR NARVAIZA, J.M. (Coord.) (2005): *Transformaciones laborales en España. A XXV años del Estatuto de los Trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Véase TOHARIA, L (dir.): *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

contratación temporal en España sigue afectando a un tercio de los asalariados españoles.

Estos procesos han configurado un mercado laboral caracterizado por un alto nivel de dualidad, que diferencia entre los ocupados con empleo estable, con mayor o menor grado de protección legal del mismo (mercado primario) y un amplio segmento de ocupados con formas más flexibles (mercado secundario), sujeto a los vaivenes de la demanda específica de cada mercado particular; en este segundo mercado se desenvuelven desde los asalariados temporales, los trabajadores a tiempo parcial, los autónomos insertos en sucesivas cadenas de subcontratación y, en el último eslabón los trabajadores irregulares («sin papeles», «ilegales», «ocultos», «piratas», etc.). El mercado laboral español supera en más de 10 puntos porcentuales en importancia relativa (respecto al total del empleo) de estas formas de flexibilidad a la media del mercado europeo (

Este comportamiento del mercado de trabajo español, redundando en una reducción sustancial del nivel estadístico del desempleo, a partir de 1994, habiendo disminuido desde entonces la tasa de paro en 15 puntos porcentuales. Durante dos décadas (los años ochenta y noventa del siglo pasado) la tasa de paro en España se situó en la cabecera de los países occidentales, mostrando un profundo desequilibrio en el mercado de trabajo nacional.

Y, por lo que se refiere a la evolución de la variable salarial, de modo sintético se pueden hacer algunas apreciaciones al respecto. Con carácter general, la última década ha registrado una tendencia continua de moderación de los costes salariales. No obstante, conviene señalar la singularidad que se produce en el caso español con respecto a la situación media de los países de la UE-15, en cuanto a las dinámicas diferenciadas de la compensación real por asalariado (el salario para el trabajador) y el coste laboral unitario (el coste para la empresa), que viene explicada por la productividad del factor trabajo. En España, tanto la remuneración real por empleado como los costes laborales unitarios han descendido en la última década, en tanto que en el conjunto de la UE-15, las remuneraciones han crecido en este período y los CLU han disminuido ligeramente en términos reales. Dada la vinculación de la dinámica salarial con la marcha de la productividad aparente del factor trabajo, observable y contrastable en el caso español⁸, el estancamiento de esta explicaría la depreciación salarial registrada en ese período. En suma, el avance de los empleos temporales y de baja cualificación arrastra consigo a la caída de los salarios reales medios, a la vez que provoca un avance relativo, de la posición competitiva de las empresas españolas, vía costes, que sin embargo no parece ser suficiente para competir

⁸ Véase RUESGA, S. M. y SILVA BICHARA, J. da (2006), *op. cit.*

internacionalmente en los mercados de bienes y servicios intensivos en el uso del factor trabajo.

3. EL CAMINO DE LAS REFORMAS LABORALES

En los últimos 25 años, el mercado laboral español ha estado sometido a un proceso continuado de cambios y, al tiempo, de reformas en su regulación normativa. Este proceso constituye una realidad que ha ido trasladando impulsos de muy distinto signo al sistema económico y que, en sus grandes coordenadas, ha seguido pautas similares a las desarrolladas en los diversos procesos de reforma del marco de relaciones laborales que han tenido lugar en la mayoría de los países europeos.

A modo de síntesis, cabría señalar que estos procesos de reforma se han caracterizado por una búsqueda permanente de mayor flexibilidad en las relaciones laborales, aunque tales intentos de flexibilización se han traducido en cambios en la regulación de muy distinto tipo en los diferentes países europeos. En general, el objetivo de estos procesos de reforma de las relaciones laborales se ha centrado en la búsqueda de un sistema productivo con una mayor capacidad de adaptación a los rápidos cambios que se producen en la cantidad y calidad de la demanda de bienes y servicios, a instancias, en buena medida, del acelerado proceso de cambio técnico. Esa volatilidad de la demanda ha introducido en las empresas una mayor exigencia de flexibilidad que se ha trasladado, casi de forma inmediata, al sistema de relaciones laborales. La inestabilidad de la demanda a la que se enfrentan las empresas, exige de ellas una capacidad productiva cambiante en términos de cantidad y de calidad. Exigencia que las diversas estrategias empresariales han ido convirtiendo en plantillas variables en su cantidad y sujetas a un proceso continuo de cualificación y recualificación.

El escenario a alcanzar, tras ese proceso de transformaciones en el marco de regulación laboral, dotando de mayor flexibilidad al mismo, consistiría en una mejora de las condiciones competitivas de las empresas en los diferentes ámbitos nacionales (o regionales). En definitiva, se supone que todo el proceso de reforma debiera redundar en un salto cuantitativo importante en la productividad del trabajo, uno de los pilares fundamentales de la mejora de la competitividad de las empresas.

Hay dos elementos esenciales que convergen en ese proceso de transformación de la regulación laboral. Uno, que es fundamental, no sólo para el cambio de las relaciones laborales, sino también para la estabilidad política, es la *concertación social*. El otro elemento que modifica las relaciones laborales es la política laboral. Analicemos a continuación detenidamente ambos factores.



Buena parte del proceso de transformación de las normas laborales es concertado entre empresarios y trabajadores y los distintos gobiernos que en ese período hay en España. Connotación que afecta a la regulación, a los cambios en la regulación y a la política de rentas que condiciona el desarrollo de la política social o el desarrollo del Estado del Bienestar y que tiene como consecuencia el logro de un elevado nivel de estabilidad social y política, factor indispensable para la propia transición política. Incluso en los momentos en los que la concertación está ausente, se erige en la protagonista del momento, precisamente por su ausencia. Un papel, el de la concertación social, singular en términos de estabilidad política y social, precisa para afianzar una dinámica de crecimiento continuado de la formación bruta de capital, vía atracción de inversiones externas o vía estímulo al ahorro interno.

Y, además, desde la perspectiva del ajuste del mercado de trabajo y de la subsiguiente política económica de equilibrio aplicada, la concertación social introduce moderación salarial de manera más o menos sistemática y asume, al menos implícitamente y en parte, el contenido de las diferentes reformas estructurales, que también habrán de redundar en moderación relativa de los costes laborales ⁹.

El método desarrollado en España, al igual que en la mayoría de los países de la UE-15, para ir modificando el marco regulador de las relaciones laborales ha consistido en la práctica del *dialogo social*, entendido como un procedimiento de debate y puesta en común entre empresarios y sindicatos, con la presencia, en ocasiones, del gobierno actuando como juez y parte. Instrumento que ha sido y es fundamental, no sólo para la modificación del marco de regulación de las relaciones laborales, sino también para la propia estabilidad del sistema político y económico, aspecto este último puesto de manifiesto en las duras condiciones políticas y económicas de la transición española (1976-86). Incluso en los momentos en los que la concertación está ausente, se erige en la protagonista del momento, precisamente por su ausencia ¹⁰. Un papel, el de la concertación social, singular en términos de estabilidad política y social, preciso para afianzar una dinámica de crecimiento continuado de la formación bruta de capital, vía atracción de inversiones externas o vía estímulo al ahorro interno.

⁹ Al menos, con respecto a la práctica de incrementos salariales obtenidos en los últimos años de pervivencia del régimen franquista. Bajo estas consideraciones se puede concluir que los actores de la transición política y en conjunto de la sociedad española no han valorado en sus justos términos la contribución otorgada, sobre todo por los sindicatos, a la transición política.

¹⁰ Como ocurrió en la reforma de 1994, promulgada sin el beneplácito sindical, que dio lugar, posteriormente, a una huelga general. De igual modo, difícilmente podría explicarse el relativo clima de paz social reinante —aparte del episodio de intento de Golpe de Estado de

TABLA. 2
PRINCIPALES ACUERDOS SOCIALES SUSCRITOS EN ESPAÑA

Nominación del Pacto Social	Año	Tipo y contenido del acuerdo	Entidades que suscriben el acuerdo
Acuerdo Básico Interconfederal (ABI)	1979	Definición del marco de relaciones laborales democrático, que influirá en los contenidos laborales de la CE-78.	Unión General de Trabajadores (UGT) y Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE)
Acuerdo Marco Interconfederal (AMI)	1980	Acuerdo salarial	UGT y CEOE
Acuerdo Nacional para el Empleo (ANE)	1981	Acuerdo salarial	CC.OO, UGT y CEOE
Acuerdo Interconfederal (AI)	1983	Acuerdo salarial	CC.OO, UGT y CEOE
Acuerdo Económico y Social (AES)	1984	Acuerdo salarial	UGT y CEOE y Gobierno
Acuerdo para la Estabilidad en el Empleo	1997	Medidas para impulsar la estabilidad en el empleo	CC.OO; UGT y CEOE
Acuerdo para la solución extrajudicial de conflictos laborales	1996	Establecimiento de mecanismos de arbitraje para la solución de conflictos laborales al margen de los tribunales	CC.OO; UGT y CEOE
Acuerdos Nacional para la Negociación Colectiva	2001-2006	Establecen acuerdos salariales para el año en curso	CC.OO., UGT. CEOE
Acuerdo para la mejora del Crecimiento y el empleo	2006		CC.OO., UGT. CEOE y Gobierno

Fuente: Elaboración propia

Adicionalmente, desde la perspectiva del ajuste del mercado de trabajo y de la subsiguiente política económica de equilibrio aplicada, la concertación social introduce moderación salarial de manera más o menos sistemática y

febrero de 1981— sin acudir a la concertación social que impulsó las primeras fases de la reforma laboral y apoyó, en buena medida, la política económica de ajuste, durante los 10 años de transición laboral. Téngase en cuenta que estas primeras etapas de la reforma laboral, en paralelo a la transición a la democracia, se llevaron a cabo en un contexto de fuerte desequilibrio en el mercado de trabajo, con tasas de desempleo que alcanzaron en 1985 casi un 24 por ciento.



asume, al menos implícitamente y en parte, el contenido de las diferentes reformas estructurales, que también habrán de redundar en moderación relativa de los costes laborales ¹¹.

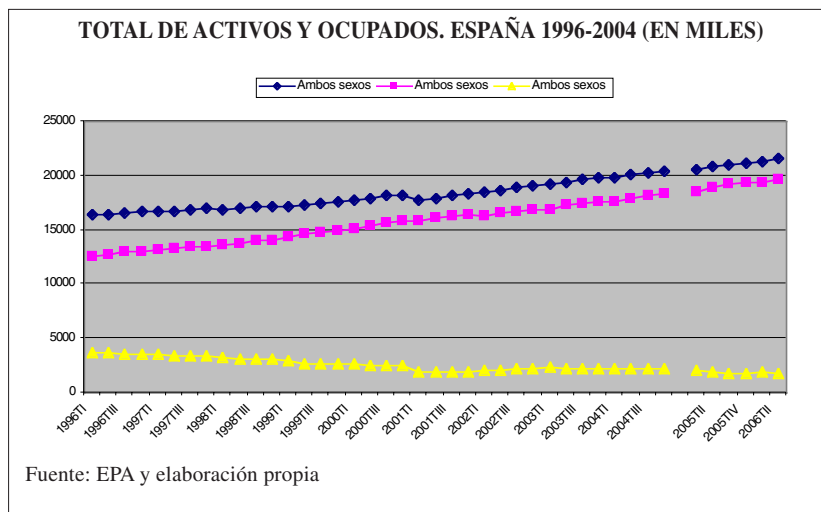
Así pues, la concertación social ha definido, por un lado, las pautas fundamentales de la regulación del mercado laboral y sus sucesivas reformas —con excepciones de desacuerdo de los interlocutores con el gobierno— y por otro, ha marcado la pauta de la moderación salarial característica esencial del comportamiento de los mercados laborales en las últimas tres décadas. Los diferentes acuerdos alcanzados con dimensión nacional (véase tabla 2) han participado de estas dos dimensiones reguladora y salarial.

El segundo elemento importante que incide en este proceso de cambio en las relaciones laborales es la política laboral. En dos planos diferenciados: uno, primero, como cambio normativo para introducir modificaciones importantes en la relación laboral y otro segundo, de implementación y desarrollo de las políticas laborales activas. Es decir, intervenciones arbitrarias desde el ámbito de lo público para modificar ciertos aspectos de la dinámica laboral, bien desde el lado de la demanda, incentivando la generación de empleo o bien, desde el lado de la oferta, fundamentalmente con la cualificación de la mano de obra, es decir, mejorando el capital humano. Desde el punto de vista de las modificaciones estructurales de las relaciones laborales, la línea de actuación no es muy distinta a la que se promueve en el resto de los países europeos, aunque sí con matices diferenciales importantes.

Con este bagaje instrumental, se han desarrollado un amplio conjunto de transformaciones, algunas de gran calado, en la regulación del mercado de trabajo español. La secuencia temporal de las sucesivas reformas —cambios legislativos— muestra, no obstante, objetivos instrumentales cambiantes en el tiempo. Si bien el objetivo final de todo el proceso de reforma es la búsqueda de mayores tasas de creación de empleo, los objetivos instrumentales son diversos. Existen diferencias importantes en este terreno entre los cuatro hitos legislativos fundamentales que conforman la reforma laboral en España ¹².

¹¹ Al menos con respecto a la práctica de incrementos salariales obtenidos en los últimos años de pervivencia del régimen franquista, de fuerte tensión salarial y social. Bajo esta consideraciones se puede concluir que los actores de la transición política y, en conjunto, de la sociedad española no han valorado en sus justos términos la contribución otorgada, sobre todo por los sindicatos, a la transición política (RUESGA BENITO, S. M., 2005, *op. cit.*).

¹² Se extracta aquí el análisis elaborado en RUESGA BENITO, S. M. (2005): «Economía política en el Estatuto de los Trabajadores», en RUESGA BENITO, S. M., VALDÉS DAL RÉ, F. y ZUFIAUR NARVAIZA, J. M.; *op. cit.* págs. 105-132.



Por orden cronológico, la primera modificación del Estatuto de los Trabajadores, en 1984, tiene un solo objetivo instrumental definido: la instauración de un régimen de flexibilidad contractual que promueva la creación de empleo. Se legisla el contrato temporal de fomento de empleo, subvencionándose la contratación por tiempo definido y suprimiendo, prácticamente, la causalidad a la que venía estando sujeta la realización de contratos temporales. El efecto de esta reforma hacia una flexibilidad parcial y sesgada (en el contrato) fue una espectacular expansión de los contratos temporales, alcanzando en un corto espacio de tiempo los niveles más elevados de toda la Europa comunitaria.

En 1994 se promulga la segunda gran reforma legislativa, que tratará de reaccionar contra los «excesos» generados en materia de contratación temporal, que habían introducido una fuerte dualidad en el mercado laboral entre contratados fijos y temporales. Se da por acabado el mecanismo de subvención a los contratos temporales —reinstalando el principio de causalidad en la contratación temporal— y, en segundo lugar, se propician reformas laborales que tratan de dotar de mayor flexibilidad al marco regulatorio en otros ámbitos de la relación laboral: flexibilidad durante la prestación —flexibilidad funcional o geográfica— y al final de la misma —despido—. No obstante, esta reforma introduce también otros elementos de flexibilidad en la contratación, no contemplados hasta entonces (empresas de trabajo temporal, de cesión de trabajo y, agencias privadas de colocación) que incidirán sobre las características de la temporalidad (mayor rotación de las plantillas).

El tercer episodio importante de reforma laboral, se registra en 1997, en este caso pactada con los interlocutores sociales, e incide aún más contra

los excesos de la temporalidad, instaurando —a través del Pacto para la Estabilidad en el Empleo— una nueva figura contractual subvencionada para promover la contratación por tiempo indefinido ¹³.

En la cuarta reforma laboral de calado profundo, llevada a cabo en 2001-2002 (tabla 3), promulgada tras el fracaso de intento de concertación social, se centró en «la lucha contra lo que denomino en su Exposición de Motivos excesiva temporalidad existente ¹⁴. La reforma contiene como elemento esencial una nueva regulación del contrato a tiempo parcial, que flexibiliza su uso, y completa con el denominado «decretazo», en el cual se modifica el sistema de protección por desempleo, dificultando las condiciones de acceso al mismo.

TABLA 3
PRINCIPALES REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Norma	Fecha	Modificaciones introducidas
Ley 14/1983	29/06/1983	Reducción de la jornada laboral máxima.
Ley 32/1984	2/08/1984	Flexibilización de la contratación temporal; fomento de la contratación temporal con subvenciones.
Ley 10/94	19/05/1994	Medidas urgentes de fomento de la ocupación.
Ley 11/94	19/05/1994	Flexibilidad de la relaciones laborales individuales (entrada, interna y de salida) y potenciación de la negociación colectiva y mejora de sus contenidos.
Ley 14/94	1/06/94	Supresión del monopolio del INEM en materia de contratación y creación de Empresas de Trabajo Temporal (ETT's)
Ley 31/1995	8/11/1995	Ley de prevención de riesgos laborales
Ley 63/1997	26/12/1997	Medidas para el fomento de la contratación indefinida (procede del Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo)
R.D.L. 15/1998	27/11/1998	Nueva regulación del contrato a tiempo parcial (Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial)
Ley 12/2001	9/07/2001	Medidas urgentes contra las excesivas tasas de temporalidad y modificación de la regulación de la contratación a tiempo parcial

¹³ El contrato de fomento del empleo estable se subvenciona a través de la reducción en el monto de indemnización por despido para los trabajadores acogidos a esta nueva figura contractual; de hecho supone en la práctica el intercambio de algo más de estabilidad por algo más de flexibilidad en el despido.

¹⁴ SALA FRANCO, T. *op. cit.* pág. 266. Y, el profesor SALA FRANCO continua afirmando que «Sin embargo las medidas adoptadas en esta línea fueron claramente insuficientes, tratándose de reformas de detalle».

R.D.L. 5/2002	24/05/2002	Reforma protección por desempleo (denominado «decretazo»)
Ley 32/2002	5/07/2002	Igualdad de género
R.D.L. 5/2006	9/06/2006	Reforma mercado laboral (procede del Acuerdo para la mejora del Crecimiento y el Empleo). Incluye medidas para la promoción de la contratación indefinida, mejorar la utilización de la contratación temporal, las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y la transparencia en la subcontratación de obras y servicios, la protección por desempleo de colectivos específicos y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores

Fuente: Elaboración propia a partir de Sala Franco, T. (2005): «Las transformaciones del Estatuto de los Trabajadores a lo largo de 25 años de vigencia», en Ruesga Benito, S. M., Valdés dal Ré, F. y Zufiaur Narvaiza, J.M., *op. cit.*, págs. 259-270.

El último programa de reformas llevada a cabo, hasta la fecha, es fruto del proceso de concertación social iniciado en julio de 2004¹⁵, que incorpora un abanico amplia de gama de acuerdos sobre reformas en el mercado laboral, que van desde pactos sobre formación profesional hasta la modificación de los incentivos a la contratación indefinida, pasando cambios importantes en la fijación del Salario Mínimo Garantizado. En la vertiente estricta del marco regulatorio de las relaciones laborales la reforma se concreta en el acuerdo de 9 mayo de 2006, reflejado en el R.D.L. 5 /2006,

Como conclusión y en esta perspectiva temporal, se puede introducir la idea de proceso de ida y vuelta, en la medida en que el objetivo instrumental en el origen, flexibilidad en la contratación, se rechazan en el periodo más reciente, alterándose la orientación de las modificaciones legislativas hacia una mayor estabilidad en el empleo, acompañándose de mayor flexibilidad en otros ámbitos de la relación de trabajo.

4. Y UNA REFLEXIÓN SOBRE LA TEMPORALIDAD EN ESPAÑA

Al hilo de la secuencia descrita en el epígrafe anterior, conviene señalar dos cuestiones relativas al tratamiento que se ha venido haciendo en España respecto a la flexibilidad, a partir de la reforma de 1984. En primer

¹⁵ Con una declaración de intenciones que recoge los objetivos a alcanzar por el proceso de concertación social que en ese momento se abre (esta declaración se puede encontrar en www.mtas.es.)



lugar, la flexibilidad impulsada está muy sesgada hacia una de las vertientes de la relación laboral, el contrato. Lo que se modifica fundamentalmente son las normas contractuales y muy poco el resto de la regulación sobre la relación laboral. En la regulación de la relación laboral interna en la empresa, siguen incluso vigentes hasta la reforma de 1994, como se ha señalado más arriba, normas procedentes del período franquista. Y la regulación de la parte final de la relación laboral, las normas sobre despido, tampoco se altera hasta esta última reforma legislativa. La reforma por lo tanto en este sentido, se centra fundamentalmente en la relación contractual, lo que ha supuesto que las empresas hayan cargado todo el peso del ajuste flexible del mercado de trabajo sobre este ámbito, expandiendo sobremanera la temporalidad.

Este modo de actuar ha significado que el ajuste se haga con cargo a los costes laborales absolutos y no sobre los costes laborales unitarios. La reforma hacia la flexibilidad camina en paralelo con la dinámica de moderación salarial que se pacta a través de la concertación social. La flexibilidad contractual ha contribuido, por tanto, a reducir el coste laboral absoluto sin alterar las otras variables que componen el coste laboral unitario, en particular la productividad del trabajo. El resultado es que se ha introducido una dinámica en el mercado de trabajo de muy elevada flexibilidad en materia contractual.

Más tarde, a partir de 1994, se han introducido, modificaciones en el marco regulatorio que podían haber afectado más positivamente a la dinámica de la productividad. De tal manera que la moderación de costes laborales se hubiera cargado sobre el coste laboral unitario, repartiendo entre costes salariales y productividad y no solo sobre el primero, como ha ocurrido en todo este proceso.

El elevado nivel de temporalidad alcanzado es el origen de un aumento espectacular de la rotación de una parte de la mano de obra¹⁶, lo que supone un estancamiento de los incentivos a la mejora de la productividad, tanto por lo que significa —complejidad— desde el punto de vista de la organización de las empresas, como desde el punto de vista de incentivo para los propios trabajadores hacia una mayor cualificación. Este es uno de los resultados de ese proceso de reforma laboral desequilibrado.

En segundo lugar, a causa de esta dinámica de flexibilidad se ha acentuado la dispersión salarial. Ha aumentado la brecha salarial entre los niveles de mayor y de menor cualificación. Fenómeno que se ha reforzado con la entrada de un fuerte flujo migratorio que, en parte, alimenta un mercado

¹⁶ Una parte de la mano de obra asalariada, la que está sujeta a relaciones de temporalidad, está rotando a unos niveles de hasta 12 veces por año, en término medio.

de trabajo irregular o informal, contribuyendo a la expansión de esa brecha salarial.

Y, en tercer lugar, no es desdeñable el efecto cuantitativo de este tipo de reformas, que se refleja, a partir de mediados de los años ochenta de la centuria pasada, en un crecimiento importante del volumen empleo¹⁷.

Así pues, la temporalidad ha sido la transformación más importante en las relaciones laborales en los últimos 20 años del siglo pasado y caracterizó la evolución del mercado de trabajo español. Como era de esperar, esa transformación no ha sido neutral.

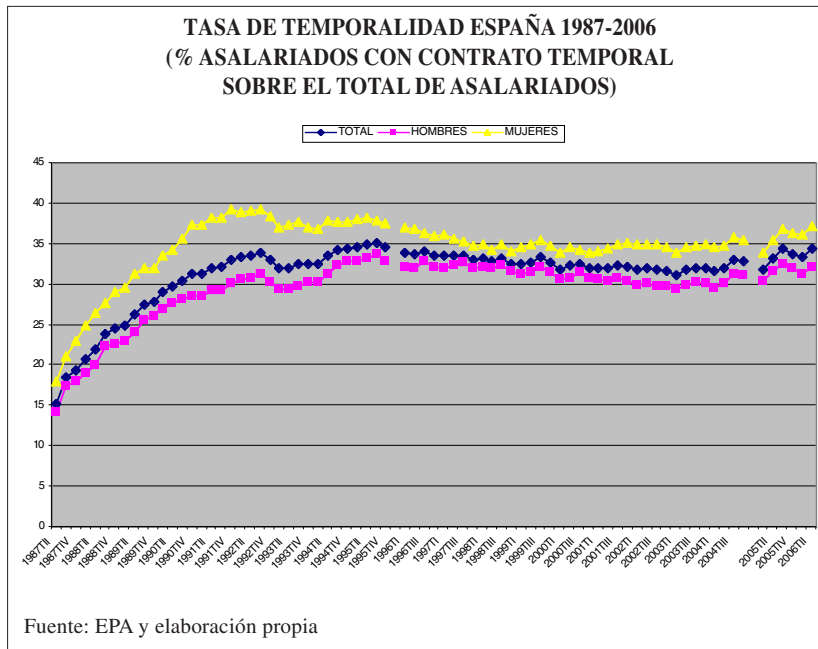
Tras la introducción del uso del contrato temporal, la tasa de temporalidad aumentó aceleradamente hasta finales de 1988; después siguió creciendo de forma más lenta hasta 1995, con una pequeña caída en 1993; a partir de 1995 presentó una trayectoria descendiente, estabilizándose alrededor del 30 por ciento, par volver a ascender en los últimos años. En términos sectoriales, la tasa de temporalidad es mayor en el sector agropecuario y en la construcción que en la industria; y más elevada en los servicios de mercado que en los servicios de no mercado.

En términos agregados, en principio, no se puede realizar ninguna conclusión acerca del impacto sobre el empleo. Sin embargo, en un proceso dinámico las conclusiones son equivalentes al comportamiento de las empresas, es decir, aumenta la volatilidad del empleo. En otras palabras, en periodos de recesión económica el empleo tiende a caer más aceleradamente en economías con alta tasa de temporalidad y, sin embargo, aunque es muy discutido, la recuperación del empleo es mucho más rápida en los periodos de crecimiento.

Y lo que es más importante, diferentes estudios¹⁸ muestran que la excesiva temporalidad provoca una reducción de los niveles de incremento de la productividad del trabajo, reducen las inversiones en recursos humanos y en tecnología conduciendo, por ende, a una pérdida de competitividad sistémica de la economía.

¹⁷ Esta evolución positiva de la demanda de trabajo se frena con la crisis de los años 1991 a 1994, para volver a recuperarse de nuevo en una senda que llega hasta el momento presente.

¹⁸ Véase RUESGA, S. y DA SILVA, J. (2005), *Reforma laboral, salario y productividad en España*. Universidad Autónoma de Madrid, mimeo. Véase asimismo, La Caixa: *Informe mensual*, julio-agosto 2006.



5. EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LA ACTUAL REFORMA

En el momento anterior de la puesta en marcha del proceso de Diálogo Social, parecía existir un consenso amplio sobre los problemas de funcionamiento del mercado laboral español. Se podrían sintetizar en las recomendaciones que estableció la Comisión de Expertos del Diálogo Social¹⁹, que se extractan en la tabla 4.

¹⁹ Creada por acuerdo de los interlocutores sociales recogido en la Declaración para el Diálogo Social (Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social), firmada entre el Gobierno y los interlocutores sociales en julio de 2004. Véase Comisión de Expertos para el Diálogo Social (2006): Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico. Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas, ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

TABLA 4
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN
 DE EXPERTOS PARA EL DIALOGO SOCIAL**

1. *El contexto socioeconómico ha cambiado. Las empresas perciben que necesitan de más flexibilidad para adaptarse a dicho contexto. Estos cambios en el contexto económico internacional han provocado **una mayor volatilidad del empleo**, al mismo tiempo que la **composición de la fuerza de trabajo ha ido cambiando hacia una mayor heterogeneidad.***
2. La cobertura de la protección que ofrecen las actuales políticas de empleo no es homogénea para el conjunto de la población y resulta claramente insuficiente para los grupos más desfavorecidos.
3. *El crecimiento económico experimentado durante la última década por la economía española muestra algunas debilidades.*
4. *La mejor contribución que pueden hacer las políticas macroeconómicas (monetaria y fiscal) al crecimiento económico equilibrado y sostenido consiste en promover un escenario de estabilidad macroeconómica que permita mantener tasas de inflación bajas y unas cuentas públicas saneadas.*
5. *Las empresas españolas necesitan un marco laboral flexible, en el que puedan tener capacidad de adaptación y respuesta a las exigencias de un entorno competitivo cambiante y cada vez más exigente. En ese marco ha de garantizarse igualmente la seguridad de los trabajadores y la calidad del empleo.*
6. *Es necesario abordar la reforma de las políticas de empleo con un enfoque global. Consideramos que los dos problemas actuales del mercado de trabajo español identificados por la Comisión para el Diálogo Social, **la baja tasa de ocupación y la elevada temporalidad, no podrán ser resueltos mediante reformas parciales** que sigan sin tener en cuenta las relaciones de complementariedad o de sustitución entre los distintos instrumentos de las políticas de empleo que pueden responder a las demandas de flexibilidad y de seguridad.*
7. *Hay que tener en cuenta todos los cauces de ordenación legal del mercado de trabajo español. Los sucesivos cambios legales que contribuido a establecer la configuración institucional actual del mercado de trabajo español han sido adaptados, interpretados y desarrollados mediante la negociación colectiva y el control jurisdiccional con orientaciones diferentes, a veces contradictorias, con resultados diversos sobre la flexibilidad y la seguridad del empleo.*
8. Las políticas de empleo deberían proteger a los trabajadores, no a los puestos de trabajo.
9. Es necesario que las políticas de empleo y, en concreto, las políticas activas del mercado de trabajo sean sometidas a un proceso de evaluación continuo y riguroso.
10. La flexibilidad es un concepto multidimensional y no debe ser abordada exclusivamente como un problema de restricciones a las extinciones de los contratos de trabajo.



11. La temporalidad se puede concebir como un instrumento al servicio de varios objetivos, si bien en la actualidad hay un claro divorcio entre su concepción en el plano jurídico y su incidencia real.
12. Las políticas de empleo ocupan acertadamente un lugar prioritario en la agenda política, pero también otras reformas estructurales son imprescindibles.

Fuente: Elaboración propia sobre Comisión de Expertos para el Diálogo Social (2006): Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico. Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

En suma, se interpreta que el mercado español no ha resuelto sus problemas de flexibilidad, demandas desde el lado empresarial, al tiempo que los requerimientos de seguridad para los trabajadores habrían de trasladarse a funciones distintas al empleo, al objeto de distorsionar lo menos posible el ajuste del mercado laboral. Y, todo ello orientado a promover el ajuste de las empresas a las condiciones de la competitividad del mercado globalizado través de incrementos sostenidos de la productividad laboral. Y todo ello en la perspectiva de mantener la senda de crecimiento de los niveles de empleo, aún por debajo de los objetivos de la Estrategia de Lisboa.

Y, la búsqueda de este objetivo dual, requeriría de un tratamiento global, con planteamientos reformadores integrales y concurrentes en el tiempo, con la finalidad de evitar distorsiones derivadas de los inevitables comportamientos acomodaticios de los agentes sociales. De igual modo, se postula la utilización de diferentes instrumentos, no sólo las reformas legislativas, en pos de los objetivos de ajuste y crecimiento definidos.

El marco general del debate de la reforma está definido en torno a la necesidad de establecer un compromiso entre la flexibilidad necesaria para que las empresas puedan adaptarse a las cambiantes condiciones del mercado y por otro lado la seguridad en el empleo exigible por los trabajadores para que éstos puedan atender a sus objetivos de carrera profesional o estabilización de flujos de renta.

6. EL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO

El Acuerdo tiene como objetivo declarado «el crecimiento del empleo, la mejora de la estabilidad laboral y la utilización adecuada de la contratación temporal». En este sentido, queda claro que se inscribe en los objetivos establecidos en la Declaración para el Diálogo Social de 2004, es decir: mejorar la competitividad, el empleo estable y la cohesión social.

Las medidas del Acuerdo son útiles para avanzar en la calidad en el empleo, la protección de los trabajadores y el cumplimiento de las normas

laborales. Requiere además, actuaciones e inversiones tanto por los empresarios como por los poderes públicos para cambiar el modelo productivo. Todas estas medidas se complementan con otras consensuadas en el Proyecto de Ley de Igualdad y se orientan a potenciar la estabilidad en el empleo, fundamentalmente de los jóvenes.

Los principales objetivos establecidos en el Acuerdo buscan:

- Impulsar y proteger la estabilidad en el empleo
- Mejorar la regulación laboral en materia de contratación temporal, cesión ilegal y contratas y subcontratas
- Generar nuevos derechos de intervención sindical
- Extender la protección social y la mejora de las prestaciones por desempleo y las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)
- Reforzar los Servicios Públicos de Empleo y las políticas activas.
- Constituir órganos de participación y desarrollar campañas específicas y programadas sobre empleo y relaciones laborales (Inspección de Trabajo y Seguridad Social)

Para alcanzar dichos objetivos, se han tomado un conjunto de medidas que se pueden resumir en tres grandes áreas:

1. Medidas para impulsar y apoyar la contratación indefinida y la conversión del empleo temporal en fijo.
2. Limitar la utilización de contratos temporales
3. Potenciar la eficiencia de las Políticas Activas de Empleo y la capacidad de actuación del Sistema Nacional de Empleo.

Desde la perspectiva del diagnóstico establecido en el epígrafe anterior, cabe resaltar que no se trata de una reforma integral, aunque aborda uno de los aspectos esenciales allí contemplados: lograr un menor nivel de temporalidad, acorde con los requerimientos reales del sistema productivo. Deja a un lado temas esenciales, que afectan a otras formas de desarrollar la flexibilidad laboral, menos perversas, social y económicamente, que lo que significa la temporalidad. Si bien es cierto, que el objetivo en el que se centra el AMEC se aborda desde una perspectiva bastante amplia: incentivación de la contratación indefinida, control de subcontratas, etc.

En este sentido, cabe esperar un efecto positivo sobre la dinámica de la productividad, en la medida en que el encarecimiento relativo en el uso del trabajo temporal lleve a una búsqueda de recortes de los costes laborales a través de mejoras en el rendimiento del trabajo. De obtenerse tales resultados, cabría hablar de un éxito importante en la aplicación del acuerdo.

Sin embargo, avanzar en incentivos a la productividad laboral, requiere abordar también la reforma de otras vertientes de la regulación laboral, algunas de las cuales solo han recibido un tratamiento reformista marginal, como es el caso de la regulación sobre negociación colectiva, particularmente

afectando a la flexibilidad interna de la relación laboral (movilidad, jornada laboral, etc.).

Por último, como apunte a priori, cabe señalar que algunos de los instrumentos específicos incorporados al acuerdo pueden afectar a la dinámica de mejora de la productividad. En concreto, se hace referencia a las sustitución de incentivos monetarios proporcionales (porcentaje de cotización) por cuantías fijas, en tanto que estas pueden acentuar la deriva propia del mercado española hacia el trabajo menos cualificado, ahora proporcionalmente más subvencionado en su contratación por tiempo indefinido.

Pero eso es lo que se refiere a una parte del AMEC, sin duda la más singular, que afecta a las formas de contratación. Respecto a los otros epígrafes del acuerdo, está aún pendiente su desarrollo, para tan siquiera esbozar una valoración apriorística.

7. HACÍA UNA EVALUACIÓN DEL ACUERDO

Una de las recomendaciones esenciales que se recogen en el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, hace referencia a la necesidad de evaluar tanto los programas de reforma como las políticas públicas en aras de aumentar la eficacia y la eficiencia de los mismos. Y a tales efectos llama la atención sobre el hecho de «Independientemente de la forma en que se instrumenten las medidas a favor de la contratación, cualquier intervención de este tipo tiene, junto con el efecto deseado que justifica la misma, tres tipos de efectos más. En primer lugar, existe la posibilidad de que la subvención se otorgue a contrataciones que se hubieran realizado aun sin la existencia de la misma; es decir, toda intervención de este tipo lleva aparejado un *«peso muerto»*. En segundo lugar, la existencia de intervenciones a favor de la contratación de determinados colectivos y no de otros, hace que disminuya el coste relativo de la contratación de los primeros, lo que puede dar lugar a que la subvención no genere una nueva contratación sino que simplemente influya sobre las características de los trabajadores que ocupan los puestos de trabajo vacantes (*«efecto sustitución»*). Finalmente, los recursos dedicados a estas medidas han de ser financiados con impuestos o cotizaciones que recaen sobre todos las empresas y trabajadores, tanto los que reciben las subvenciones como los que no, lo que da lugar al llamado *«efecto desplazamiento»*. Por tanto, el número de intervenciones realizadas o la cuantía de los recursos dedicados a las mismas no son indicadores fiables de la eficacia de dichas medidas. Para evaluar dicha eficacia hay que realizar ejercicios de evaluación detallados, rigurosos y solventes. Y a este respecto, hay que señalar que en nuestro país las distintas Administraciones que han desarrollado políticas de empleo han mostrado,

hasta la fecha, muy poco interés por adquirir el conocimiento necesario para mejorar su eficacia mediante el diseño y realización de tales ejercicios de evaluación»²⁰.

Adicionalmente, la instrumentación de una evaluación adecuada al objeto de conocer el resultado de aplicación del Acuerdo en sus diferentes ámbitos y respecto a los objetivos establecidos requiere de un grado de coordinación importante entre las distintas Administraciones Públicas que intervienen en la gestión de las medidas, no existente en demasiadas ocasiones en la actualidad. En el caso que nos ocupa se puede producir una carencia de información sobre la aplicación de dichas medidas o información asimétrica a causa de las diferentes formas de elaboración que mantienen las diversas Administraciones que interviene. El caso del SISPE²¹ no prolifera aún en el universo administrativo español.

No bastará, por tanto, realizar un seguimiento informativo de las estadísticas de contratación y los cambios muestren que en la estructura de la contratación, según temporalidad. Habrá de interpretarse esta información para interpretar el efecto neto de creación de empleo indefinido, descontando los efectos señalados anteriormente (peso muerto, sustitución y desplazamiento), lo que requiere desarrollar una metodología de evaluación «ad hoc».

De igual modo resulta necesario conocer las implicaciones financieras de la aplicación del acuerdo para acercarse a un grado de eficiencia con que se aplican los recursos públicos.

Y, en tercer lugar sería de interés que la evaluación no tuviera solo como variable de referencia el cambio de la estructura contractual del mercado, sino que se acercara a la interpretación y evaluación de los efectos de la aplicación del AMEC en otras variables de referencia significativas (inserción de colectivos desaventajados, productividad laboral, costes laborales y salarios, etc), lo que exige un desarrollo metodológico específico para cada una de estas posibles evaluaciones. Para ello es sin duda pronto, aunque no para preparar el trabajo de evaluación.

En este sentido, los datos más inmediatos que hacen referencia al objeto más destacado del AMEC poco o nada nos dicen sobre su impacto inmediato en el mercado de trabajo; en los dos primeros meses de su aplicación no parece que se hayan modificado significativamente las tendencias, a corto plazo, que se venía apreciando en la estructura de la contratación (ver tabla 5)

²⁰ Comisión de Expertos, 2005, *op. cit.* pág. 193.

²¹ Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, implantando en el año 2005, supone un esfuerzo importante en esa dirección de coordinar la información sobre el mercado laboral generada por diferentes Administraciones, en este caso, las Comunidades Autónomas.

TABLA 5
EVOLUCIÓN MENSUAL DE LA CONTRATACIÓN

	CONTRATOS INDEFINIDOS		CONTRATOS TEMPORALES	
	2006	2005	2006	
2005				
ENERO	9,3	10,8	90,7	89,2
FEBRERO	10,1	11,3	89,9	88,7
MARZO	10,3	11,3	89,7	88,7
ABRIL	10,3	11,3	89,7	88,7
MAYO	10,1	11,0	89,9	89,0
JUNIO	9,8	10,7	90,2	89,3
JULIO	9,4	10,6	90,6	89,4
AGOSTO	9,1	10,6	90,9	89,4
SEPTIEMBRE	9,1		90,9	
OCTUBRE	9,1		90,9	
NOVIEMBRE	9,1		90,9	
DICIEMBRE	9,0		91,0	
Media anual	9,5	11,0		

Fuente: www.inem.es.

Como punto de conclusión final de todo lo expuesto hasta aquí, creemos que es importante señalar que todavía es pronto para poder hacer valoraciones sobre las consecuencias que la puesta en marcha del acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo. Hacer previsiones sobre su evolución futura es deslizarse por un terreno resbaladizo. El fuerte crecimiento del empleo que se ha puesto de manifiesto en la última década ha estado enmarcado en un entorno general de estabilidad económica de reducción de inflación y de tipos de interés en relación a la puesta en marcha del euro como moneda única. Las circunstancias del entorno ha cambiado en los últimos años y el fenómeno más relevante que se está produciendo en la economía y sociedad española de la última década es el creciente fenómeno inmigratorio. Los efectos de la incorporación de estos trabajadores a las nuevas condiciones del mercado laboral repercutirán en los resultados del acuerdo que aquí hemos recogido.





2

Informes y Documentos





**BONIFICACIONES E INCENTIVOS ESTATALES
A LA CONTRATACIÓN LABORAL**
Real Decreto Ley 5/2006 y normativa complementaria

BENEFICIARIOS: empresas, autónomos, sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de los trabajadores por cuenta ajena.

ÁMBITO TEMPORAL: Contratos realizados a partir de la fecha de entrada en vigor del Capítulo I del Real-Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio: el 1 de julio de 2006.

ÁMBITO SUBJETIVO: Desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo.

FORMALIDAD: el contrato deberá de realizarse en modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal, salvo para las bonificaciones de mantenimiento de empleo para los trabajadores que tengan, al menos, 60 años y una antigüedad, al menos de 5 años en la empresa.

BENEFICIOS: Bonificaciones de las cuotas empresariales en Seguridad Social, salvo que se indique otra cosa, en la siguiente duración y cuantía mensual, o en su caso, por su equivalente diario.

1. MUJERES			
REQUISITOS TRABAJADORAS	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
Mujeres Desempleadas, contratadas por tiempo indefinido	4 años	70, 83 €/mes (850 €/año)	En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo: - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo.
Mujeres contratadas por tiempo indefinido en los 24 meses siguientes a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente	4 años	100 €/mes (1.200 €/año)	

(Continuación)

Mujeres contratadas por tiempo indefinido después de 5 años de inactividad laboral, siempre que anteriormente a la retirada del mercado de trabajo hubiesen estado de alta en cualquier régimen de la Seguridad Social un mínimo de 3 años	4 años	100 €/mes (1.200 €/año)	<ul style="list-style-type: none"> - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo
- Víctimas de violencia de género o doméstica, contratadas por tiempo indefinido, sin que sea necesario encontrarse en desempleo	4 años	78,83 €/mes (850 €/año) (Contrato indefinido)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo. - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.
	Vigencia contrato	50 €/mes (600 €/año) (Contrato temporal)	
<ul style="list-style-type: none"> - Mujeres reincorporadas tras maternidad o excedencia por cuidado de hijos con contrato por tiempo indefinido - Mujeres reincorporadas tras maternidad o excedencia por cuidado de hijos con contrato temporal y transformados en indefinidos a la reincorporación - La incorporación deberá ser a partir del 1.7.2006. 	4 años	100 €/mes (1.200 €/año)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo. - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.

2. JÓVENES			
REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
Jóvenes de 16 a 30 años, ambos, inclusive contratados por tiempo indefinido	4 años	66,67 €/mes (800 €/año)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo. - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.

3. TRABAJADORES MADUROS			
REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
Mayores de 45 años, contratados por tiempo indefinido	Vigencia contrato	100 €/mes (1.200 €/año)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo

(Continuación)

REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIONES
<ul style="list-style-type: none"> - Tener, al menos, 60 años cumplidos - Estar trabajando en la empresa con contrato indefinido y una antigüedad, al menos, de 5 años - Si al cumplir los 60 años de edad el trabajador no tuviere la antigüedad en la empresa de 5 años, la bonificación será aplicable a partir de la fecha en que se alcance la citada antigüedad 	Vigencia contrato	<ul style="list-style-type: none"> - El 50% de la aportación empresarial en la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, sobre las cuotas devengadas desde la fecha del cumplimiento de los requisitos - Se incrementará un 10%, transcurrido 1 año desde su aplicación, hasta alcanzar un máximo del 100%

4. PARADOS DE LARGA DURACIÓN			
REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
Trabajadores inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la Oficina de Empleo durante, al menos, 6 meses, contratados por tiempo indefinido	4 años	50 €/mes (600 €/año)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo

5. DISCAPACITADOS			
<p>Se entiende por Trabajadores discapacitados:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los Trabajadores con discapacidad deberán de tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 % o la específicamente establecida en la de los enclaves laborales. - Pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocidos una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. - Los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. 			
REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
Discapacitados contratados temporales de fomento de empleo (DA 1ª del Real-Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)	Vigencia contrato	183,33 €/mes (2.200 €/año)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo. - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada. - El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada. - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo
Discapacitados contratados indefinidamente		250 €/mes (3.000 €/año) subvención de 3.907 € por puesto (art. 7.1 RD 1451/983)	
Transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad (DA 1ª del Real-Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)		Subvención para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal de hasta 901,52 euros (RD 1451/1983, de 11 de mayo)	
Transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con Trabajadores discapacitados		266,67 €/mes (3.200 €/año) subvención de 7.814 € por puesto (art.12 RD 290/2004) Subvención para la adaptación de puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal de hasta 901,52 euros (RD 1451/1983, de 11 de mayo)	
Contratación indefinida de trabajadores con discapacidad severa, procedentes de enclaves laborales			<p>En caso de contratación por tiempo indefinido, la subvención de 3.907 € y de 7.814 €, respectivamente, en proporción a la jornada pactada (art. 7.1 RD 1451/983 y art.12 RD 290/2004)</p>

(Continuación)

Discapacitados con contratos formativos (DA 2ª ET): - contratos en prácticas a tiempo completo - contratos para la formación	Vigencia contrato	- 50 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes - 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación
--	-------------------	--

6. TRABAJADORES EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL

REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
<p>- Deberán tener acreditada la condición de trabajadores en situación de exclusión social.</p> <p>- Se consideran en situación de exclusión social:</p> <p>1. Los preceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.</p> <p>2. Las personas que no puedan acceder a las prestaciones señaladas en el punto 1 por:</p> <p>- No tener el periodo exigido de residencia o empadronamiento.</p> <p>- Carecen requisitos para constituir la unidad preceptora.</p> <p>- Han agotado este tipo de prestación.</p> <p>3. Jóvenes mayores de 18 años y menores de 30, procedentes de instituciones de menores.</p> <p>4. Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.</p> <p>5. Internos de centros penitenciarios cuya situación les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex-reclusos.</p> <p>6. Menores incluidos en el ámbito de aplicación Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, cuya situación les permita acceder a un empleo, los que se encuentren en situación vigilada y los ex-internos.</p>	4 años	50 €/mes (600 €/año) (Contrato indefinido)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <p>- El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo.</p> <p>- El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las $\frac{3}{4}$ de dicha jornada.</p> <p>- El 50 % si la jornada es igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada.</p> <p>- El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.</p>
	Vigencia contrato	41,67 €/mes (500 €/año) (Contrato temporal)	

(Continuación)

Penados en instituciones penitenciarias y menores en centros de internamiento (DA 30 LGSS)	Vigencia contrato	65 % de las cotizaciones de recaudación conjunta de desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial
--	-------------------	---

7. TRANSFORMACIÓN EN INDEFINIDOS DE CONTRATOS TEMPORALES			
TIPO DE CONTRATO Y REQUISITOS TEMPORALES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO COMPLETO	BONIFICACIÓN CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL
<ul style="list-style-type: none"> - Contratos formativos (en prácticas y para la formación), de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación. - Cualquiera que sea la fecha de su celebración y de la transformación en indefinido. 	4 años	41,67 €/mes (500 €/año)	<p>En el caso de trabajadores a tiempo parcial se aplicará el siguiente porcentaje respecto de la bonificación que correspondería a los trabajadores a tiempo completo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El 100 % si la jornada es igual o superior a las $\frac{3}{4}$ partes de la jornada habitual o a tiempo completo. - El 75 % si la jornada es igual o superior a la $\frac{1}{2}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a El 50 % de la jornada igual o superior a $\frac{1}{4}$ de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la $\frac{1}{2}$ de dicha jornada - El 25 % si la jornada es inferior a 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.
<ul style="list-style-type: none"> - Contratos de duración determinada y temporales, incluidos los formativos (en prácticas y para la sustitución por anticipación de la edad de jubilación - Celebrados con anterioridad al 1.6.2006 que se transformen en indefinidos antes del 1.1.2007. (Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo) 	3 años	66,67 €/mes (800 €/año)	

8. CONTRATOS DE INTERINIDAD		
REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIÓN
<p>Sustitución trabajadores con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo o baja maternal (art. 1 RDL 11/1998)</p> <p>Sustitución trabajadores con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo o baja maternal por parte de cooperativas de trabajadores y socios de trabajo (DA 2ª Ley 12/2001)</p>	Duración de la suspensión del contrato	100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de recaudación conjunta

(Continuación)

Sustitución trabajadores en excedencia por cuidado de recién nacidos y familiares del 46.3 ET (DA 14 ET)	Duración excedencia	- 95 % cotizaciones empresariales por contingencias comunes (primer año) - 60 % cotizaciones empresariales por contingencias comunes (segundo año) - 50 % cotizaciones empresariales por contingencias comunes (tercer año)
Sustitución de víctimas de violencia de género (art. 21.3 Ley Orgánica 1/2004): - con contrato suspendido - por movilidad geográfica	Duración suspensión 6 meses en caso de movilidad geográfica	100 % cotizaciones empresariales por contingencias comunes
Con discapacitados para sustituir a bajas por enfermedad de otros trabajadores discapacitados (disp. adic 9ª Ley 45/2002)	Duración de la suspensión del contrato	100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidentados de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de recaudación conjunta

9. OTROS SUPUESTOS		
REQUISITOS TRABAJADORES	DURACIÓN	BONIFICACIONES
Empresarios dedicados a actividades encuadradas en los sectores de Comercio, Hostelería, Turismo e Industria, excepto Energía y Agua, en las Ciudades de Ceuta y Melilla, respecto de los trabajadores que presten servicios en sus centros de trabajo ubicados en el territorio de dichas ciudades	limitado	40 % aportaciones a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial
Trabajadores autónomos en actividades encuadradas en los sectores de Comercio, Hostelería, Turismo e Industria, excepto Energía y Agua, que residan y ejerzan su actividad en las Ciudades de Ceuta y Melilla	limitado	40 % aportaciones a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes
Contratación de cuidadores por parte de familias numerosas (art. 9 Ley 40/2004; art. 5 RD 1621/2005), en tanto que los dos ascendientes, o el ascendiente en caso de familias monoparentales, ejerzan una actividad profesional fuera del hogar o estén incapacitados para el trabajo	Vigencia contrato empleador	45 % de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del

**INCENTIVOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA
A LA CONTRATACIÓN CON CARÁCTER INDEFINIDO**
(Decreto 149/2005, de 14 de junio y Orden 21 de julio 2005)

I. INCENTIVOS PARA LA CONTRATACIÓN CON CARÁCTER INDEFINIDO, TANTO A TIEMPO COMPLETO COMO PARCIAL, A FAVOR DE EMPLEADORES DE HASTA 250 TRABAJADORES		
COLECTIVOS	SECTORES	BENEFICIOS
<p>Mujeres en sectores y profesiones en los que se encuentre subrepresentadas. (La subrepresentación se determina conforme a la O. M. 16.9.1998)</p>	<p>Preferentemente en los sectores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Industrial - Construcción - Transportes privados 	<ul style="list-style-type: none"> - Empresas de hasta 10 trabajadores: 4.750 € - Empresas de 11 a 50 trabajadores: 4.250 € - Empresas de 51 hasta 200 trabajadores: 3.000 €
<p>Mujeres incorporadas o reincorporadas tras la maternidad, adopción, acogimiento y tras la atención de personas dependientes (Se consideran personas dependientes a los familiares en 1º grado por consanguinidad o afinidad que tengan reconocido, al menos, un 75% de discapacidad o padezcan enfermedad crónica que requieran atención continuada)</p>	<p>Cualquier sector de actividad</p>	<p>(Los beneficios se establecen para la contratación indefinida a tiempo completo, se verán reducidas proporcionalmente a la jornada cuando las contrataciones sean a tiempo parcial, sin que ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual)</p>
<p>Técnicos de prevención de Riesgos Laborales contratados por empresas</p>	<p>Cualquier sector</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Empresas hasta 10 trabajadores: 4.750 € - Empresas de 11 a 50 trabajadores: 4.250 € - Empresas de 51 a 250 trabajadores: 3.000 € <p>(Los beneficios se establecen para la contratación indefinida a tiempo completo, se verán reducidas proporcionalmente a la jornada cuando las contrataciones sean a tiempo parcial, sin que ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual).</p>

(Continuación)

<p>Parados de larga duración mayores de 45 años</p> <p>(Al menos habrá que mantener la condición de desempleo durante 12 meses, entendiéndose cumplida cuando durante los 365 días anteriores a la fecha de referencia, la persona interesada ha figurado inscrita como desempleada ininterrumpidamente durante ese período o, al menos, lo ha estado durante 270 días y en los restantes días de ese período la causa de la situación administrativa de la baja ha sido por colocación)</p>	Cualquier sector	<p>- Ayuda a tanto alzado: 4.750 €</p> <p>(Los beneficios se establecen para la contratación indefinida a tiempo completo, se verán reducidas proporcionalmente a la jornada cuando las contrataciones sean a tiempo parcial, sin que ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual).</p>
<p>Discapitados</p> <p>(La discapacidad reconocida deberá tener al menos en grado igual o superior al 33%)</p>	Cualquier sector	<p>- Ayuda a tanto alzado: 4.750 €</p> <p>- Incentivos para la adaptación del puesto de trabajo en cuantía máxima de 901,52 €.</p> <p>- Bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, en las siguientes cuantías:</p> <p>→ 70% para discapitados menores de 45 años.</p> <p>→ 90% para mujeres discapitadas menores de 45 años.</p> <p>→ 90% para discapitados mayores de 45 años.</p> <p>→ 100% mujeres discapitadas mayores de 45 años.</p> <p>(Los beneficios se establecen para la contratación indefinida a tiempo completo, se verán reducidas proporcionalmente a la jornada cuando las contrataciones sean a tiempo parcial, sin que ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual).</p>

(Continuación)

<p>Colectivos más vulnerables, entendiéndose por éstos: mujeres víctimas de violencia de género, discapacitados, ex reclusas, drogodependientes rehabilitadas, usuarias de programas de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas y demás personas desfavorecidas o en riesgo de exclusión.</p> <p>El art. 4.1.b) Orden 21/7/2005 amplía este colectivo a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Personas que se encuentren en situación de libertad condicional. - Internos en centros penitenciarios cuya situación les permita acceder a un empleo. - Personas usuarias del Programa de Solidaridad de los andaluces —Decreto de 2/1999— o que no han podido acceder al mismo por falta de periodo exigido de residencia o empadronamiento o para la constitución de la unidad preceptora; o por haber agotado el periodo máximo de percepción legalmente establecida. - Drogodependientes en procesos de rehabilitación o reinserción social. - Jóvenes menores de 30 años, que hayan tenido una medida protectora de acogimiento en un Centro de Menores.). 	Cualquier sector	<ul style="list-style-type: none"> - Ayuda a tanto alzado: 4.750 € <p>(Los beneficios se establecen para la contratación indefinida a tiempo completo, se verán reducidas proporcionalmente a la jornada cuando las contrataciones sean a tiempo parcial, sin que ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual).</p> <p>Los discapacitados además:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Incentivos para la adaptación del puesto de trabajo en cuantía máxima: 901,52 € - Bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas recaudación conjunta, en las siguientes cuantías: <ul style="list-style-type: none"> → 70% para discapacitados menores de 45 años → 90% para mujeres discapacitadas menores de 45 años → 90% para discapacitados mayores de 45 años → 100% mujeres discapacitadas mayores de 45 años
<p>Nuevas contrataciones de ijos discontinuos —cuando esté prevista esta modalidad en el convenio colectivo— siempre que se trate de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mujeres - Jóvenes menores de 30 años. - Mayores 45 años - Colectivos vulnerables (mujeres víctimas de violencia de género, 	Cualquier sector	<p>Cuantía a tanto alzado calculada en proporción al puesto de trabajo equivalente a tiempo completo tomando como base para su cálculo la cantidad de 3.500 € por contrato formalizado.</p> <p>(Art. 5.2 Orden 21/7/2005: «Los incentivos a las nuevas contrataciones de carácter indefinido, bajo la modalidad de fijos-discontinuos, formaliza-</p>

(Continuación)

discapacitados, ex reclusas, drogodependientes rehabilitadas, usuarias de programas de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas y demás personas desfavorecidas o en riesgo de exclusión.)		dos con discapacitados, llevarán toda la vigencia del contrato indefinido, la autorización de bonificaciones en las cuotas y cuantías establecidas en el apartado 3 del art. 4 de esta Orden, y serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecida en el apartado 4 del mismo artículo).
---	--	--

II. INCENTIVOS PARA LA CONTRATACIÓN CON CARÁCTER INDEFINIDO A FAVOR DE EMPRESAS DE MÁS DE 250 TRABAJADORES		
REQUISITOS	COLECTIVOS	BENEFICIOS
Las empresas que suscriban un Contrato Programa con la Consejería de Empleo, con una vigencia máxima de 3 años. (Art. 7 Orden 21 de julio de 2005)	<ul style="list-style-type: none"> - Mujeres - Jóvenes menores de 30 años - Parados de larga duración mayores de 45 años (Al menos habrá que mantener la condición de desempleo durante 12 meses) - Colectivos más vulnerables (Mujeres víctimas de violencia de género, discapacitados, ex reclusas, drogodependientes rehabilitadas, usuarias de programas de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas y demás personas desfavorecidas). 	<p>Hasta 4.750,00 € por persona contratada</p> <p>(Art. 7.4 Orden 21/7/2006: «Los incentivos a la contratación indefinida con personas con discapacidad llevarán aparejados durante toda la vigencia del contrato indefinido la autorización de bonificaciones en la cuotas y cuantías establecidas por el apartado 3 del art. 4 de esta Orden, y asimismo, serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecidos en el apartado 4 del mismo artículo»).</p>

III. INCENTIVOS A LAS TRANSFORMACIONES, TANTO A TIEMPO COMPLETO COMO A TIEMPO PARCIAL, A FAVOR DE EMPRESAS DE HASTA 250 TRABAJADORES		
COLECTIVOS	SECTORES	BENEFICIOS
<p>Transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, a favor de los siguientes colectivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mujeres, en los sectores de Hostelería, Construcción y Comercio. - Jóvenes menores de 30 años, en los sectores de Hostelería, Construcción y Comercio. - Mayores de 45 años. - Colectivos más vulnerables: mujeres víctimas de violencia de género, discapacitados, ex reclusas, drogodependientes rehabilitadas, usuarias de programas de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas y demás personas desfavorecidas o en riesgo de exclusión. - Personas que vengán realizando su actividad mediante contratos de formación. 	<p>Cualquier sector de actividad, excepto para las mujeres y los jóvenes —no vinculados por contratos de formación— para los cuales tendrán que realizarse en los sectores indicados (Hostelería, Construcción y Comercio), salvo que esta.</p> <p>Con independencia del sector de trabajo, podrán otorgarse ayudas para la transformación de los contratos de formación (contratos en prácticas y contratos para la formación)</p> <p>No podrán beneficiarse de los incentivos las empresas que en los últimos 3 años hubieran suscrito contratos de formación con un número de trabajadores igual o superior al 60% de su plantilla.</p> <p>La transformación deberá suponer un incremento de la plantilla contratada con carácter indefinido respecto del mes natural anterior a la formalización de las mismas, y al menos el 50 % de su plantilla deberá estar contratada con carácter indefinido o alcanzar este porcentaje a partir de las nuevas contrataciones para las que solicitan los incentivos.</p>	<p>3.000 € por contrato por contrato a tiempo completo.</p> <p>Cuando el contrato sea a tiempo parcial la parte que corresponda, siempre que al menos la duración sea de 20 horas a la semana o en promedio de computo anual.</p> <p>(Art. 9.3 Orden 21/7/2006: «Los incentivos a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos, formalizados con discapacitados llevarán aparejados durante toda la vigencia del contrato indefinido la autorización de bonificaciones en las cuotas y cuantías establecidas por el apartado 3 del art. 4 de esta Orden, y asimismo, serán compatibles con la ayuda a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales establecidos en el apartado 4 del mismo artículo»).</p>

IV. INCENTIVOS EN AREAS TERRITORIALES PREFERENTES PARA ACTUACIONES INTEGRALES DE EMPLEO		
COLECTIVOS	SECTORES	BENEFICIOS
<p>Trabajadores pertenecientes a áreas territoriales establecidas por el Servicio Andaluz de Empleo que requieran una intervención preferente en materia de empleo.</p>	<p>Salvo que se indique otra cosa, todos los sectores asentados en dichas áreas territoriales.</p>	<p>Ayudas que podrán alcanzar en su cuantía hasta 2 veces y media el salario mínimo interprofesional vigente en el momento de su concesión, computado en un período de 12 meses.</p>





3

Textos del Acuerdo y Normativa de la Reforma Laboral







ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO

INTRODUCCIÓN

I.

Favorecer la competitividad, el empleo estable y la cohesión social constituye el propósito primordial de la presente etapa de diálogo social en España tal como establecimos los firmantes de este Acuerdo en la Declaración para el Diálogo Social, suscrita en julio de 2004.

Aquella Declaración definió las materias, objetivos y orientaciones generales conforme a los cuales se ha venido desarrollando el diálogo social hasta alcanzar en este periodo un importante número de acuerdos sobre materias de notable importancia en el ámbito socio-laboral.

Con el presente Acuerdo los firmantes consideramos concluidos los trabajos previstos en la citada Declaración en los ámbitos específicos relativos al mercado de trabajo y ratificamos el compromiso con el diálogo y la negociación como instrumento para abordar cambios que mejoren el funcionamiento del mercado laboral.

El Acuerdo responde al objetivo compartido por el Gobierno, las Organizaciones Sindicales y las Organizaciones Empresariales de que la sociedad española alcance unos mayores niveles de desarrollo económico, calidad en el empleo, bienestar social y cohesión territorial.

Para lograr ese objetivo resulta fundamental impulsar un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero basado en la competitividad de las empresas, el incremento de la productividad y la cohesión social. La mejora de la estabilidad del empleo, objetivo de este Acuerdo, contribuirá a avanzar en esa dirección.

A su vez, las políticas laborales y de empleo deben ir necesariamente acompañadas de políticas sólidas en educación y formación, en infraestructuras, en investigación, desarrollo e innovación y en materia industrial y

medioambiental, elementos esenciales para el crecimiento y la calidad del empleo.

El Acuerdo, en tanto que plasmación del consenso entre las partes firmantes, constituye un punto de equilibrio que se orienta en la dirección de apoyar y sostener la creación de empleo así como mejorar el funcionamiento del mercado laboral y la estabilidad del empleo.

II.

Las Organizaciones Empresariales y Sindicales y el Gobierno nos comprometimos en la Declaración de julio de 2004 a analizar los elementos que inciden en la creación de empleo, en la estabilidad del mismo y en la utilización no justificada de la contratación temporal. Para ello, habían de tenerse en cuenta las nuevas formas de organización empresarial del trabajo.

El trabajo de la Comisión de Expertos —creada por acuerdo plasmado en la propia Declaración— aportó un informe que ha resultado de utilidad para el desarrollo de los trabajos posteriores.

Las reuniones celebradas por la Mesa de Diálogo Social sobre mercado de trabajo, así como los Documentos de propuestas presentadas por todas las partes, han permitido profundizar de forma detallada y precisa en el conjunto de aspectos que, a juicio de cada interlocutor, inciden en el crecimiento del empleo, la mejora de la estabilidad laboral y la utilización adecuada de la contratación temporal.

Como resultado de todo ello, el Acuerdo contiene un conjunto de medidas que abarcan diversos aspectos del funcionamiento del mercado laboral. Desde el punto de vista de su finalidad, éstas pueden agruparse en tres grandes Capítulos.

En primer lugar, el Acuerdo contiene medidas dirigidas a impulsar y apoyar el empleo, la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, bonificando y estimulando los nuevos contratos indefinidos y reduciendo las cotizaciones empresariales al Fondo de Garantía Salarial y por desempleo, centradas estas últimas en el empleo estable.

En segundo lugar el Acuerdo incluye medidas para limitar la utilización sucesiva de contratos temporales, así como introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo. Se contempla también un importante refuerzo de los recursos humanos y materiales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, articulando la participación de los interlocutores sociales en la definición de sus objetivos y programas.

En tercer lugar, se acuerdan medidas destinadas, por una parte, a potenciar la eficiencia de las Políticas Activas de Empleo y la capacidad de actuación del Sistema Nacional de Empleo, y, por otra, a mejorar la protec-

ción de los trabajadores ante la falta de empleo, tanto en materia de protección por desempleo como en las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

El Acuerdo refleja el convencimiento de que la apuesta por la mejora de la productividad del trabajo y de la competitividad empresarial —que son dos de los grandes desafíos de futuro para la economía española— debe pasar necesariamente por alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo.

El Gobierno, las Organizaciones Empresariales y las Organizaciones Sindicales firmantes de este Acuerdo, hacemos desde el mismo una llamada a que se conozca y se aplique su contenido. Un llamamiento, en definitiva, a realizar una apuesta estratégica por la estabilidad del empleo.

I. MEDIDAS PARA IMPULSAR Y APOYAR LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y LA CONVERSIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN FIJO

El impulso a la utilización de la contratación indefinida inicial por parte de las empresas, el favorecimiento de la conversión de empleos que hoy son temporales en fijos y los apoyos públicos hacia la contratación estable, constituyen objetivos centrales de este Acuerdo.

El Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997, que compartía estos mismos objetivos, merece a la vista de sus resultados una valoración positiva, por lo que no parece oportuno introducir alteraciones sustanciales.

No obstante, para contribuir al objetivo de mantener la creación de empleo y fomentar la utilización de la contratación indefinida, se establece una cotización empresarial por desempleo para los contratos indefinidos menor que la actual. Asimismo, se reduce la cotización empresarial al Fondo de Garantía Salarial, sin por ello afectar el equilibrio financiero de la institución.

Resulta necesario, igualmente, revisar los límites temporales actualmente vigentes que limitan la posibilidad de conversión en contratos de fomento de la contratación indefinida a los contratos temporales suscritos con anterioridad a 31 de diciembre de 2003, lo que puede haber impedido en los últimos años conversiones en contratos indefinidos de determinados contratos temporales celebrados después de esa fecha.

Por otra parte, para alcanzar los objetivos arriba señalados, se modifica el sistema de incentivos a la contratación indefinida con cuatro criterios: seleccionar mejor los colectivos beneficiarios extendiendo su aplicación a los jóvenes varones de 16 a 30 años, hasta hoy excluidos de los mismos, simplificar los incentivos, ampliar la duración de las bonificaciones con el

objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo y sustituir los porcentajes de bonificación actuales por cuantías fijas de bonificación.

Las medidas concretas que se acuerdan son las siguientes:

1. Impulso del contrato para el fomento de la contratación indefinida

Se reconocerá la posibilidad de transformación en contratos para el fomento de la contratación indefinida de los contratos temporales celebrados hasta el 31 de diciembre de 2007.

Para ello se modificará la disposición adicional primera, apartado 2, letra b), de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, que quedará redactada de la siguiente manera:

«2. El contrato (para el fomento de la contratación indefinida) podrá concertarse con trabajadores incluidos en uno de los grupos siguientes:

b) Trabajadores que, en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrado con anterioridad al 31 de diciembre de 2007».

2. Nuevo programa de bonificaciones y Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo

- 1.º Los colectivos de trabajadores desempleados cuya contratación indefinida inicial será objeto de bonificación son los siguientes:
 - a) Mujeres.
 - b) Jóvenes con edades comprendidas entre dieciséis y treinta años, ambas inclusive.
 - c) Mayores de cuarenta y cinco años.
 - d) Demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses.
 - e) Personas con discapacidad.
 - f) Trabajadores en situación de exclusión social.
 - g) Víctimas de violencia de género.
- 2.º Se mantienen en su regulación actual las bonificaciones para los trabajadores de sesenta o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco años o más.
- 3.º Seguirá siendo objeto de bonificación la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, suprimiéndose las restantes bonificaciones a las conversiones de contratos temporales en indefinidos.
- 4.º Con carácter excepcional, dentro de un Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo, se bonificará la conversión

en indefinidos de los contratos temporales, incluidos los señalados en el punto anterior, suscritos con anterioridad al uno de junio de 2006, siempre que la transformación se efectúe con anterioridad al uno de enero de 2007.

- 5.º Serán beneficiarios de las bonificaciones las empresas así como los trabajadores autónomos que suscriban contratos indefinidos a tiempo completo, incluidos los fijos discontinuos, con los trabajadores anteriormente señalados, con las cuantías y duraciones que se establecen en el cuadro adjunto.

Se extienden estas bonificaciones a las personas pertenecientes a los colectivos señalados en el cuadro adjunto, que se incorporen con carácter indefinido como socios trabajadores o de trabajo a las cooperativas o sociedades laborales.

- 6.º Cuando el contrato indefinido sea a tiempo parcial, las bonificaciones previstas en el cuadro adjunto se reconocerán en las siguientes proporciones:
- El 75%, cuando la jornada laboral sea superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada.
 - El 50%, cuando la jornada laboral sea superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la mitad de dicha jornada.
 - El 25%, cuando la jornada laboral sea inferior al 25% de la jornada habitual o a tiempo completo.

3. Reducción de cotizaciones empresariales

- 1.º Se introducirán las siguientes modificaciones en el artículo 110 apartado nueve, número 2. A) y B), de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006:
- Se reducirán las cotizaciones empresariales por desempleo de los contratos indefinidos, disminuyendo 0,25 puntos la cotización desde el 1 de julio de 2006 pasando del actual 6% al 5,75%, y un 0,25 adicional desde el 1 de julio de 2008 pasando del 5,75% al 5,50%, hasta alcanzar una rebaja total de 0,50 puntos.
 - Se igualará la cotización empresarial por desempleo de los contratos de duración determinada a tiempo completo celebrados por las empresas de trabajo temporal a la de la contratación de duración determinada directa, pasando del actual 7,70% al 6,70% desde el 1 de julio de 2006.
 - Se reducirá el actual tipo de cotización empresarial al FOGASA, quedando establecido en el 0,2% desde el 1 de julio de 2006.

2.º Se incluirá en la norma por la que se dé ejecución a este Acuerdo una Disposición con la siguiente redacción:

«Las modificaciones futuras en el tipo de cotización y en la cuantía de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial estarán determinadas por la situación del excedente financiero del mismo, que podrá utilizarse como Fondo de estabilización para la financiación de las necesidades anuales del organismo, todo ello previa consulta a su Consejo Rector».

**NUEVO PROGRAMA DE FOMENTO DE EMPLEO
(Bonificaciones empresariales a la contratación laboral)**

Colectivos	Descripción	Cuantía anual	Duración
BONIFICACIONES A LA CONTRATACION INDEFINIDA			
Mujeres	Desempleadas, así como las víctimas de violencia de género.	850	4 años
	Contratadas en los 24 meses siguientes al parto.	1.200	4 años
	Contratadas después de 5 años de inactividad laboral, si, anteriormente a su retirada, han trabajado, al menos, 3 años.		
	Con contrato suspendido (indefinido o temporal) reincorporadas tras la maternidad.		
Mayores de 45 años		1.200	Toda la vigencia del contrato
Jóvenes	De 16 a 30 años.	800	4 años
Otros colectivos y situaciones especiales	Parados de al menos seis meses y personas en situación de exclusión social	600	4 años
	Conversiones en indefinidos de contratos formativos, de relevo y sustitución por jubilación	500	4 años
	Personas con discapacidad	3.000	Toda la vigencia del contrato
	Personas con discapacidad severa, procedentes de enclaves laborales	3.200	Toda la vigencia del contrato

PLAN EXTRAORDINARIO PARA LA CONVERSIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN FIJO		
Conversiones en indefinidos de contratos temporales, incluidos los contratos formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, en todos los casos celebrados antes del 1 de junio de 2006, siempre que la conversión se realice antes del 1 de enero de 2007	800	3 años
BONIFICACIONES EN SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CONTRATACION TEMPORAL		
Victimas de violencia de género	600	Toda la vigencia del contrato
Personas en situación de exclusión social	500	Toda la vigencia del contrato
Personas con discapacidad	2.200	Toda la vigencia del contrato

II. MEDIDAS PARA MEJORAR LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Los firmantes coinciden en la necesidad de adoptar medidas para promover una utilización más adecuada de contratación laboral. Este conjunto de medidas constituye, por otra parte un complemento indispensable a las de estímulo de la contratación indefinida que se recogen en el Capítulo anterior.

En materia de contratación temporal se ha identificado como objetivo prioritario la necesidad de reducir la temporalidad, mediante el establecimiento de límites temporales para los sucesivos contratos de este carácter que puede suscribir una empresa con un trabajador.

Se deroga, por otra parte, la figura del contrato temporal de inserción y se modifica la regulación de los límites máximos de edad de los trabajadores con los que se pueden suscribir contratos para la formación.

Por lo que se refiere a la subcontratación de obras y servicios, la economía española ha experimentado en las últimas décadas profundas transformaciones, siendo una de las más importantes la configuración de una estructura de producción caracterizada por una creciente descentralización productiva y externalización de actividades.

En este contexto, se acuerda actualizar algunos elementos de la legislación con el objetivo de asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva no vaya en perjuicio de la protección de los trabajadores, especialmente cuando se

trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo.

Por otra parte, es conveniente deslindar con claridad la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal. Con esta finalidad, debe incorporarse al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que incorpore a la ley la jurisprudencia sobre esta materia.

Finalmente, entre los objetivos compartidos por los firmantes del Acuerdo figura el de reforzar el Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para mejorar la eficacia y la eficiencia del mismo, al tiempo que se articula la necesaria consulta y participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas de la Inspección, en los ámbitos estatal y autonómico.

Las medidas concretas que se acuerdan son las siguientes:

1. Encadenamiento de contratos temporales

1.º Se sustituye la actual redacción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores por la siguiente:

«5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, 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.

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 ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad».

2.º Se incluirá una Disposición Transitoria de la norma que dé ejecución al Acuerdo para regular la entrada en vigor de la regla establecida en la nueva redacción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, con la siguiente redacción:



«Lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir de la entrada en vigor de esta norma.

Respecto de los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor de esta norma».

- 3.º En coherencia con las modificaciones introducidas en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, se suprimirá el siguiente inciso del artículo 8 c) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal:

«cuando en los dieciocho meses anteriores a dicha contratación los citados puestos de trabajo hubieran estado cubiertos durante un período de tiempo superior a doce meses, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal».

2. Contrato para la formación

El artículo 11.2 a) del Estatuto de los Trabajadores quedará redactado de la siguiente manera:

«El contrato para la formación se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21 años que carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas.

El límite máximo de edad será de 24 años cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficios.

El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo o se trate de personas con discapacidad».

3. Contrato de inserción

Se eliminará la letra d) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, referido al contrato de inserción, así como las referencias a esta modalidad contractual en otros artículos del Estatuto de los Trabajadores (artículos 8.2, 15.6 y 49.1 c) y Disposición adicional decimosesta).

4. Subcontratación de obras y servicios

- 1.º El artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores quedará redactado en los siguientes términos:

«4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64.1.1.º de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores».

- 2.º Se incluirá un nuevo apartado 6 en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores con la siguiente redacción:

«Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende».

- 3.º Se incluirá un nuevo apartado 7 en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores con la siguiente redacción:

«Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación».

- 4.º El artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores quedará redactado en los siguientes términos:

«En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. La representación legal

de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo».

5. Cesión ilegal de trabajadores

Se incluirá la siguiente definición de «cesión ilegal de los trabajadores» como nuevo apartado 2 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, pasando los actuales apartados 2 y 3 a numerarse como 3 y 4:

«En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

6. Inspección de Trabajo y Seguridad Social

- 1.º Se reforzarán sus efectivos y medios técnicos y materiales mediante:
 - a) El incremento de la plantilla de funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Está planificado que, frente a los 772 Inspectores y 799 Subinspectores en activo al inicio de la legislatura, se alcance la cifra de 904 Inspectores y 923 Subinspectores al final de 2007 y la cifra de 954 Inspectores y 968 Subinspectores en el año que concluye la legislatura, junto con el correspondiente incremento del personal de apoyo.
 - b) La mejora de la dotación informática y, donde sea necesario, habilitación de nuevas dependencias para las Inspecciones Provinciales.
- 2.º Se articulará la participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante la constitución de Órganos de representación de carácter consultivo en los ámbitos estatal y autonómico, a través de la introducción en la norma por la que se dé ejecución a este Acuerdo de una disposición que se redactará en los siguientes términos:

«Las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas y podrán formular propuestas sobre los objetivos y programas del Sistema de

Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, a través de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria.

A tal efecto, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dictará, en el plazo de tres meses, las normas oportunas para la constitución del órgano correspondiente en el ámbito de la Administración General del Estado. Las Comunidades Autónomas, en función de su capacidad de autoorganización, establecerán las correspondientes instancias de esta participación de las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas».

- 3.º Los firmantes de este Acuerdo analizarán la participación de los representantes de los trabajadores y de las empresas en las visitas de inspección y la información sobre los resultados de las mismas cuando de ellas se deriven efectos que se refieran a derechos colectivos o hayan concluido en requerimientos o actas de infracción o liquidación.
- 4.º Las actuaciones de la Inspección se desarrollarán, prioritariamente, a través de actuaciones y campañas planificadas y programadas. Las mismas tendrán también un carácter informativo y de promoción y divulgación de la normativa laboral y no solo un contenido estrictamente sancionador.

Junto a la atención a las restantes competencias que están asignadas legalmente al Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, especialmente en materia de prevención de riesgos laborales, se potenciará progresivamente el número de actuaciones dirigidas a las materias siguientes:

- a) Revisión del fraude en la contratación temporal en empresas o sectores con una tasa de temporalidad superior a la media.
- b) Igualdad de trato y no discriminación.
- c) Empleo irregular: inmigrantes y economía sumergida.
- d) Empleo de personas con discapacidad.

III. MEDIDAS PARA POTENCIAR LAS POLÍTICAS ACTIVAS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO Y PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE LA FALTA DE EMPLEO

Los firmantes de este Acuerdo hemos convenido revisar los instrumentos de articulación de la política de empleo, tanto en lo que se refiere a las políticas activas que deben ser sometidas a un proceso de análisis y evaluación continua y rigurosa, como a la potenciación de los Servicios Públicos de Empleo y la actualización y mejora de los mecanismos de protección social de los trabajadores.

Un examen del sistema de protección por desempleo ha permitido identificar determinados colectivos específicos cuya protección conviene reforzar como son, entre otros, los mayores de 45 años sin responsabilidades familiares, los parados de larga duración con especial dificultad para su inserción, los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores del sector agrario.

Por todo ello, resulta necesario abordar una serie de medidas selectivas para mejorar la cobertura de esos colectivos, y, simultáneamente, introducir modificaciones en la normativa con el objetivo de clarificar su protección.

Por otra parte, la situación financiera del Fondo de Garantía Salarial se ha caracterizado en los últimos años por una situación excedentaria, al superar ampliamente la recaudación a través de cotizaciones empresariales a la cuantía de las prestaciones a las que tienen derecho los trabajadores. Ello permite acometer una doble actuación en esta materia: aumentar la cuantía de las prestaciones, por un lado, y reducir, por otro lado, el tipo de cotización empresarial, tal como se ha señalado en el primer Capítulo.

En cuanto a los Servicios Públicos de Empleo y a las actuaciones que desarrollan, se considera conveniente reforzarlos a fin de aumentar su eficacia e incrementar la aplicación de un enfoque preventivo. Por otra parte, se acuerda analizar y actualizar las políticas activas de empleo, de forma que lleguen de manera eficaz a los grupos de trabajadores más necesitados de apoyo. La respuesta a estos requerimientos deberá enmarcarse en el desarrollo de la Ley de Empleo.

Las medidas concretas que se acuerdan son las siguientes:

1. Prestaciones por desempleo

- 1.º Se extenderá el subsidio por desempleo de 6 meses a los mayores de 45 años sin responsabilidades familiares por haber agotado una prestación contributiva inferior a 12 meses.

Ello supone modificar el artículo 215.1.1.b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El citado artículo quedaría redactado del siguiente modo:

«b) Haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares y ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento».

- 2.º Se considerará la Renta Activa de Inserción (RAI) como un derecho subjetivo y se cotizará a la Seguridad Social por este colectivo. A tal fin, se aprobará un Real Decreto de regulación de la RAI, configurándola con carácter permanente, en lugar de anual, y previniéndose que la entidad gestora cotice durante los once meses de duración de la RAI en las mismas condiciones que en el subsidio por

desempleo, establecidas en el artículo 218.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, es decir por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia.

- 3.º Se clarificará la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, modificando el artículo 208.1.4. del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social del siguiente modo:

«Igualmente, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva.

Las referencias a los fijos discontinuos del Título III de esta Ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas».

- 4.º Se extenderá a los fijos discontinuos que extinguen esa relación laboral el subsidio especial para mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva de cualquier duración, siempre que hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de nueve años. Esta extensión supone modificar el artículo 215.1.4. del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que incluiría un segundo párrafo redactado en la forma siguiente:

«Asimismo, y sin perjuicio del acceso al subsidio previsto en el párrafo anterior si se reúnen los requisitos en él exigidos, cuando se extinga la relación laboral de los trabajadores fijos discontinuos que hayan agotado un derecho a la prestación por desempleo de cualquier duración, aunque con posterioridad a dicho agotamiento y antes de la extinción de la relación laboral, hubieran percibido subsidio por desempleo en los períodos de inactividad productiva, y en el momento de la solicitud sean mayores de 45 años, tendrán derecho al subsidio previsto en el párrafo anterior, en los términos establecidos en el mismo, siempre que hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de nueve años a lo largo de su vida laboral».

- 5.º Se permitirá, a solicitud del interesado, que el trabajador fijo discontinuo, aunque no haya extinguido el derecho a prestación anterior, pueda optar por reanudar ese derecho o por percibir uno nuevo, siempre que acredite nuevos períodos de ocupación cotizada de al menos 360 días, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Cuando el trabajador fijo discontinuo hubiera optado por reanudar el derecho suspendido, las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior.

El Servicio Público de Empleo Estatal adoptará las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo señalado en los párrafos anteriores.

- 6.º Se ampliará la cobertura de desempleo a los socios trabajadores temporales de cooperativas cuando se extingue su relación societaria temporal.

Para ello se modificarán los artículos 2, 3 y 5.1. del Real Decreto 1043/1985, con la redacción siguiente:

«Situación legal de desempleo por finalización de la relación societaria temporal de los socios trabajadores de cooperativas.

A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto se incorporan al Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, una letra c) en el apartado 1 del artículo 2, y una letra d) en el artículo 3, y se modifica el apartado 1 del artículo 5, con el siguiente contenido:

«c) Por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada».

«d) En el supuesto de finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada, será necesaria certificación del Consejo Rector de la baja en la cooperativa por dicha causa y su fecha de efectos».

«1. Los socios trabajadores que se encuentren en situación legal de desempleo deberán solicitar de la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo de expulsión de la Cooperativa o, en su caso, del acta de conciliación o de la resolución judicial, del acuerdo de no admisión de la Cooperativa al interesado, de la resolución de la Autoridad Laboral a la Cooperativa, o de la fecha en que finalizó el período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada. En caso de presentar la solicitud fuera del indicado plazo se estará a lo dispuesto en las normas de carácter general».

- 7.º El Gobierno adoptará, en cumplimiento del Acuerdo firmado el 15 de diciembre de 2005, las normas o actuaciones que sean necesarias para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios.

2. Prestaciones del Fondo de Garantía Salarial

- 1.º Se mejorará la protección por el FOGASA de los salarios adeudados a los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, modificando el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores de la siguiente manera:
- Se ampliará la cuantía máxima del salario a abonar por el FOGASA del duplo del salario mínimo interprofesional diario al triple de dicho salario mínimo.
 - Se elevará el número de días máximos de salario pendiente de pago a abonar por el FOGASA de 120 a 150 días.
 - Se incluirá en el abono del FOGASA la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

- 2.º Se mejorará la protección por el FOGASA de las indemnizaciones reconocidas por despido, extinción o finalización de contratos modificando el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores de la siguiente manera:
- a) El salario diario, base de cálculo de la indemnización, se ampliará del duplo del salario mínimo interprofesional al triple del salario mínimo.
 - b) El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio, frente a los 25 días actualmente aplicables, respetando el límite máximo de una anualidad.
 - c) Se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción por las causas objetivas previstas en los artículos 52 a), b) y e) del Estatuto de los Trabajadores.
 - d) Se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal.
 - e) Se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por finalización de los contratos temporales.
 - f) Se incluirá entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las conciliadas judicialmente, promoviéndose una mayor participación de los representantes del Fondo en dichas conciliaciones.
- 3.º En el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la protección por el FOGASA en las empresas de menos de 25 trabajadores, se incluirán entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal.

3. Servicios Públicos de Empleo, intermediación en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo

- 1.º Modernización de los Servicios Públicos de Empleo.
El Gobierno se compromete a instrumentar en un plazo de tres meses un Plan Global de Modernización de los Servicios Públicos de Empleo, tanto Estatal como Autonómicos, que contará con una adecuada dotación presupuestaria que se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

Este Plan Global de modernización incluirá necesariamente la mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal.

El objetivo estratégico del Plan Global de Modernización debe ser mejorar la atención a los usuarios y la calidad de los servicios, garantizando la coordinación entre políticas activas y protección por desempleo y elevando la tasa de intermediación en el mercado laboral de los Servicios Públicos de Empleo. A tal efecto, se incorporarán medidas específicas tales como el establecimiento de un Portal de Empleo que incremente la captación de ofertas de trabajo y asegure la difusión de las mismas, así como programas de incentivación de la búsqueda de empleo por parte de los propios desempleados.

2.º Análisis de las Políticas Activas de Empleo.

El Gobierno y los Interlocutores Sociales evaluarán durante el segundo semestre del 2006 el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las Políticas Activas de Empleo. El Gobierno asegurará el cumplimiento del objetivo de que, en un plazo no superior a 6 meses desde su inscripción en la Oficina de Empleo, los demandantes de empleo reciban una oferta de orientación, formación profesional o inserción laboral.

3.º Grupo de trabajo tripartito.

Un grupo de trabajo tripartito en el ámbito de Servicio Público de Empleo Estatal abordará el desarrollo de la Ley de Empleo y las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro, con especial atención a mujeres, jóvenes y personas con discapacidad, así como las medidas de empleo y formación en favor de la integración laboral de la población inmigrante.

En este marco deberán analizarse, entre otras cuestiones, el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación: Servicios Públicos de Empleo, Entidades Colaboradoras, Agencias de Colocación y Empresas de Recolocación.

IV. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL ACUERDO

El seguimiento y evaluación de las medidas que se contienen en el presente Acuerdo se realizará a través de la Comisión de este carácter instituida en el Apartado IV de la Declaración para el Diálogo Social —Competitividad, Empleo estable y Cohesión social— de 8 de julio de 2004. Asimismo, la Comisión realizará un seguimiento del desarrollo normativo del Acuerdo.

Todo ello sin perjuicio de los procedimientos de consulta y audiencia a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas previstos en la legislación vigente.

V. DISPOSICIONES FINALES

- 1.^a Los firmantes encomiendan al Gobierno la adopción de las disposiciones necesarias para dar ejecución a las medidas incluidas en este Acuerdo con la mayor urgencia posible.
- 2.^a Asimismo, los firmantes manifiestan su pleno respeto a la potestad constitucional conferida a las Cortes Generales en aquellas materias de las que se deriven compromisos legislativos.



Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo

I

La evolución reciente del mercado de trabajo en España se ha caracterizado por un fuerte incremento del empleo, que se sitúa en el primer trimestre de 2006 en el 4,9 % en tasa de variación interanual. El incremento del empleo se ha producido tanto en los contratos indefinidos como en los temporales, aunque más intensamente en estos últimos. El notable aumento del empleo, pese a que ha ido acompañado de una aceleración de la población activa, ha determinado un descenso de la tasa de paro, desde el 11,5 % en 2002 y 2003 hasta el 9,2 % en 2005 y el 9,1 % en el primer trimestre de 2006, lo que significa que dicha tasa se encuentra, por primera vez desde 1979, por debajo del 10 %.

Pese a ello, todavía persisten problemas en el mercado de trabajo español que deben superarse, con la finalidad de cumplir los compromisos de la Estrategia de Lisboa y, en general, de mejorar la situación de los trabajadores. Entre estos problemas, cuya superación se encuentra entre los objetivos principales de este real decreto-ley, figuran la reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas, el que la tasa de paro toda-

vía supere ligeramente a la media de la Unión Europea, siendo especialmente elevada en el caso de los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad, la persistencia de segmentaciones entre contratos temporales e indefinidos y, sobre todo, la elevada tasa de temporalidad, la más alta de la Unión Europea, y por encima del doble de la media de ésta.

En relación con la tasa de temporalidad, además son relevantes los niveles particularmente elevados de las correspondientes a los jóvenes, las mujeres, los trabajadores menos cualificados y de menores salarios y los trabajadores con discapacidad.

II

A la hora de afrontar los desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, conviene recordar que la concertación y el diálogo social desarrollados en España en los últimos treinta años han contribuido decisivamente a las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales que ha experimentado nuestro país en ese periodo.

El destacado papel desempeñado en este proceso por los interlocutores sociales, y más concretamente por las organizaciones representativas de los

empresarios y de los trabajadores, ha sido posible gracias al reconocimiento que el artículo 7 de la Constitución hace de tales organizaciones para la defensa y promoción de los intereses que les son propios.

La experiencia de los más de veinticinco años transcurridos desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores nos enseña que los cambios y reformas del modelo de relaciones laborales y del mercado de trabajo de las que se han derivado efectos más positivos para la economía española, para la creación de empleo y para mejorar la situación de los trabajadores, son siempre aquellas que han tenido su origen en el diálogo, en la concertación y en el consenso social.

Por ello, el mercado de trabajo fue, lógicamente, uno de los ámbitos del diálogo social que se incluyeron en la Declaración para el Diálogo Social «Competitividad, Empleo estable y Cohesión social» suscrita el 8 de julio de 2004 por el Presidente del Gobierno, los Presidentes de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y los Secretarios Generales de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT).

En la indicada Declaración, el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos compartieron el diagnóstico sobre el doble problema del mercado de trabajo español, insuficiente volumen de empleo y alto nivel de temporalidad. Además, se comprometieron a analizar los elementos que inciden en la creación de empleo, en su estabilidad y la utilización no justificada de la contratación temporal. Para ello, habían de tenerse en cuenta las nuevas formas de organización empresarial del trabajo. El impulso de las políticas activas de empleo y de los

Servicios Públicos de Empleo, así como la adecuada protección de los trabajadores ante la falta de empleo, fueron considerados también objetivos imprescindibles e inaplazables.

III

El diálogo social sobre mercado de trabajo se inició encomendando a una comisión de expertos la realización de un informe para evaluar el funcionamiento de las políticas de empleo desde las reformas laborales acometidas en el periodo 1992-1994 hasta la actualidad. La comisión de expertos hizo entrega de su informe, «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», en enero de 2005.

Desde la primavera de 2005, el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos han venido desarrollando un proceso de diálogo y negociación sobre el mercado de trabajo. Las reuniones celebradas por la Mesa de Diálogo Social, junto con los documentos de propuestas presentados por todas las partes, han permitido profundizar de forma detallada y precisa en el conjunto de aspectos que, a juicio de cada interlocutor, inciden en el crecimiento del empleo, la mejora de la estabilidad laboral y la utilización adecuada de la contratación temporal.

Dando por concluidos los trabajos previstos en la Declaración de julio de 2004 en los ámbitos específicos relativos al mercado de trabajo, el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT firmaron el pasado 9 de mayo el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo», que constituye una nueva manifestación de la concertación social y del consenso que, como se señaló antes, tan positivos efectos ha producido tradicionalmente para el mercado de trabajo.

Después de ratificar su compromiso con el diálogo y la negociación como instrumento para abordar cambios que mejoren el funcionamiento del mercado laboral, los firmantes señalan en el preámbulo del Acuerdo que «resulta fundamental impulsar un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero basado en la competitividad de las empresas, el incremento de la productividad y la cohesión social. La mejora de la estabilidad del empleo, objetivo de este Acuerdo, contribuirá a avanzar en esa dirección».

El Gobierno y los interlocutores sociales recuerdan también que «las políticas laborales y de empleo deben ir necesariamente acompañadas de políticas sólidas en educación y formación, en infraestructuras, en investigación, desarrollo e innovación y en materia industrial y medioambiental, elementos esenciales para el crecimiento y la calidad del empleo».

El «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo», en tanto que plasmación del consenso entre las partes, constituye un punto de equilibrio que se orienta en la dirección de apoyar y sostener la creación de empleo así como mejorar el funcionamiento del mercado laboral y la estabilidad del empleo.

Las medidas que incluye el Acuerdo se dirigen, por tanto, a afrontar los desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, insuficiente volumen de empleo y elevada temporalidad, pudiéndose agrupar tales medidas en tres grandes capítulos.

En primer lugar, el Acuerdo contiene medidas dirigidas a impulsar y apoyar el empleo, la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, bonificando y estimulando los nuevos contratos indefinidos y reduciendo las cotizaciones empresariales al Fondo de Garantía Salarial y por desempleo, centradas estas últimas en el empleo estable.

En segundo lugar el Acuerdo incluye medidas para limitar la utilización sucesiva de contratos temporales, así como para introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo. Se contempla también el refuerzo de los recursos humanos y materiales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, articulando la participación de los interlocutores sociales en la definición de sus objetivos y programas.

En tercer lugar, se acuerdan medidas destinadas, por una parte, a potenciar la eficiencia de las políticas activas de empleo y la capacidad de actuación del Sistema Nacional de Empleo, y, por otra, a mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo, tanto en materia de protección por desempleo como en las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

En suma, el Acuerdo supone una apuesta estratégica del Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos por la estabilidad del empleo.

IV

Los firmantes del «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo» han encomendado al Gobierno la adopción de las disposiciones necesarias para dar ejecución a las medidas incluidas en el mismo con la mayor urgencia posible, manifestando su pleno respeto a la potestad constitucional conferida a las Cortes Generales en aquellas materias de las que se deriven compromisos legislativos.

Este real decreto-ley tiene, por tanto, por objeto dar urgente ejecución a aquellas medidas contenidas en el Acuerdo que exigen la adopción o modificación de normas con rango de Ley. Puesto que las medidas se van a ejecutar en el ámbito de las relaciones laborales, dependiendo por ello de ma-

nera sustancial de los criterios y actitudes de sus protagonistas, la norma recoge con fidelidad los criterios y propuestas que han expresado los interlocutores sociales firmantes del Acuerdo, como garantía de la efectividad de la nueva regulación.

El real decreto-ley se estructura en tres capítulos. El primero de ellos incluye las medidas de impulso de la contratación indefinida y, entre ellas, el nuevo Programa de Fomento del Empleo, el estímulo de la conversión de contratos temporales en indefinidos y la reducción de cotizaciones empresariales. El segundo capítulo recoge diversas modificaciones de la legislación laboral para mejorar la utilización de la contratación temporal, la transparencia en la subcontratación de obras y servicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores y las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. Y el tercero, las mejoras de la protección por desempleo de colectivos específicos.

El nuevo Programa de Fomento del Empleo se dirige fundamentalmente a impulsar la utilización de la contratación indefinida inicial por parte de las empresas. A tal fin se concentran los apoyos públicos en la contratación estable y se favorecen la conversión de empleos que hoy son temporales en fijos mediante un Plan extraordinario de carácter excepcional y vigencia limitada. Para alcanzar los objetivos arriba señalados, se modifica el sistema de incentivos a la contratación indefinida de acuerdo con los siguientes criterios: mejor selección de los colectivos beneficiarios; simplificación de las cuantías de las bonificaciones; ampliación de la duración de los incentivos con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo; y sustitución de los porcentajes de bonificación actuales por cuantías fijas de bonificación.

Por otra parte, partiendo de que el Acuerdo Interconfederal de Estabili-

dad en el Empleo de 1997, firmado por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, merece a la vista de sus resultados una valoración positiva, no parece oportuno introducir alteraciones sustanciales en la legislación laboral. Sin embargo, resulta necesario revisar los límites temporales actualmente vigentes, contenidos en 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, que limitan la posibilidad de conversión en contratos de fomento de la contratación indefinida a los contratos temporales suscritos con anterioridad a 31 de diciembre de 2003, lo que puede haber impedido en los últimos años conversiones en contratos indefinidos de determinados contratos temporales celebrados después de esa fecha.

Igualmente, para contribuir al objetivo de mantener la creación de empleo y fomentar la utilización de la contratación indefinida, se establece una cotización empresarial por desempleo para los contratos indefinidos menor que la actual, que se concreta en una reducción inicial de 0,25 puntos porcentuales aplicable desde el 1 de julio de 2006 y que irá seguida de otra reducción adicional de 0,25 puntos porcentuales a partir del 1 de julio de 2008 que se establecerá en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Asimismo, se elimina el recargo en la cotización por desempleo en los contratos temporales celebrados por empresas de trabajo temporal y se reduce la cotización empresarial al Fondo de Garantía Salarial, sin por ello afectar el equilibrio financiero de la institución.

En materia de contratación temporal, siendo objetivo prioritario la necesidad de reducir la temporalidad, se incluyen en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/

1995, de 24 de marzo, límites temporales para los sucesivos contratos de este carácter que puede suscribir una empresa con un trabajador. Se deroga también la figura del contrato temporal de inserción, que no ha cumplido las expectativas para las que se había creado, y se modifica la regulación de los límites máximos de edad de los trabajadores con los que se pueden suscribir contratos para la formación.

En relación con la subcontratación de obras y servicios, se actualizan algunos elementos de la legislación vigente con el objetivo de asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo. Por otra parte, se procede a deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal. Con esta finalidad, se incorpora al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia.

Dentro de las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, se mejora la protección de los trabajadores dispensada por el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial. Para ello, se modifican los límites y topes de cálculo actualmente aplicados (cuantía del salario mínimo, consideración de las pagas extraordinarias, número de días de salario e indemnización adeudados), y se incluyen

entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA algunas que no figuran en la actual redacción del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (indemnizaciones por determinadas extinciones de contratos por causas objetivas o en el marco de un procedimiento concursal, así como las debidas por finalización de contratos temporales).

La protección de los trabajadores ante la falta de empleo se ve completada a través de las modificaciones que se introducen en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Un examen del sistema de protección por desempleo ha permitido identificar determinados colectivos específicos cuya protección conviene reforzar como son, entre otros, los mayores de cuarenta y cinco años sin responsabilidades familiares así como los trabajadores fijos discontinuos. Por todo ello, se incluyen una serie de medidas para mejorar la cobertura y protección de esos colectivos.

Por otro lado, entre los objetivos compartidos por los firmantes del Acuerdo figura el de reforzar el Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para mejorar la eficacia y la eficiencia del mismo. Para ello, se articula en el real decreto-ley la necesaria consulta y participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas de la Inspección, en los ámbitos estatal y autonómico.

Finalmente, con objeto de potenciar la capacidad de actuación del Sistema Nacional de Empleo, se incluye en el real decreto-ley el necesario establecimiento de un Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal, que garantice la adecuada coordinación con los Servicios Públicos de Empleo autonómicos.

V

Asimismo, en coherencia con el compromiso asumido por los firmantes de la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 en cuanto al estudio de la revalorización de instituciones laborales como la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se incluye en este real decreto-ley una disposición, igualmente consensuada, para que asuma funciones de observatorio de la negociación colectiva, previéndose la adaptación por el Gobierno de su marco jurídico institucional.

VI

El Gobierno está convencido de que el crecimiento más sólido es el que se basa en el empleo estable y de que el desarrollo de más calidad es el que se basa en el empleo de calidad.

Para que la economía española y nuestro mercado de trabajo puedan empezar a beneficiarse de manera inmediata de los positivos efectos que sin duda se derivarán de las medidas incluidas en el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo» resulta necesario y urgente ponerlas en marcha cuanto antes, tanto más cuando se trata de medidas consensuadas entre el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT.

El Gobierno tiene la convicción de que la aplicación conjunta y coordinada del conjunto de medidas acordadas, todas ellas en la dirección adecuada, supondrán un avance hacia los objetivos de reducir progresivamente la tasa de temporalidad, preservar e impulsar la creación de empleo, afianzar la seguridad y los derechos de los trabajadores y no reducir la flexibilidad necesaria para el funcionamiento de las empresas.

La firma pública el pasado 9 de mayo del «Acuerdo para la mejora del

crecimiento y del empleo» ha permitido a cuantos intervienen en el mercado de trabajo conocer el contenido de las medidas acordadas. A la hora de proceder a su ejecución normativa, debe resaltarse que alguna de esas medidas (en particular, las referidas al plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo) incluyen plazos tasados que pueden estar afectando ya a decisiones empresariales sobre contratación estable de trabajadores o sobre conversión de contratos temporales en fijos.

La creación de empleo, el impulso de la contratación indefinida, la reducción de la tasa de temporalidad, la mejora de la protección de los trabajadores ante la falta de empleo y la modernización de los Servicios Públicos de Empleo son en todos los casos objetivos tan legítimos como inaplazables, de los que sin duda van a derivarse efectos muy beneficiosos para nuestra economía y nuestro mercado de trabajo y, más en general, para la sociedad española.

Por todo ello, el Gobierno considera que el conjunto de las medidas acordadas debe ser puesto en práctica con carácter inmediato, lo que difícilmente se lograría a través de los procedimientos legislativos ordinarios, ni siquiera a través de su tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia, previéndose una entrada en vigor aplazada al primer día del mes siguiente a su publicación para determinados aspectos de contenido económico, con el fin de posibilitar el conocimiento material de la norma y las necesarias adaptaciones, tanto en el ámbito empresarial como en el de la gestión recaudatoria y de las prestaciones por desempleo.

El Gobierno entiende, por tanto, que concurren en este caso las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86

de la Constitución para la utilización del real decreto-ley.

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución, a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Trabajo y Asuntos Sociales y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 9 de junio de 2006,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Medidas de impulso de la contratación indefinida

SECCIÓN 1.^a

Programa de fomento del empleo

Artículo 1.º *Objeto del Programa y beneficiarios.*—1. El presente Programa regula las bonificaciones por la contratación indefinida, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial e incluida la modalidad de fijo discontinuo, de los trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo. Igualmente se regulan las bonificaciones para el mantenimiento del empleo de determinados trabajadores.

2. Asimismo, se regulan con carácter excepcional bonificaciones para los contratos temporales que se celebren con trabajadores con discapacidad o con personas que se encuentren en situación de exclusión social, siempre que, en ambos casos, estén desempleados e inscritos en la Oficina de Empleo, así como con personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o de víctima de violencia doméstica.

3. Podrán ser beneficiarios de las bonificaciones establecidas en este

Programa de Fomento del Empleo las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

4. Quedarán excluidos de los beneficios del presente Programa la Administración General del Estado y los Organismos regulados en el Título III y en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales y sus Organismos públicos.

5. La cuantía y duración de las bonificaciones se regirán por lo establecido en los artículos siguientes, incluyéndose a efectos informativos un cuadro-resumen de las mismas en el anexo de este real decreto-ley.

Art. 2.º *Ámbito de aplicación e incentivos a la contratación.*—1. Los empleadores que contraten indefinidamente a tiempo completo, de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalan en esta Sección, se podrán bonificar en la cuota empresarial a la Seguridad Social en la siguiente duración y cuantía mensual o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado perteneciente a alguno de los siguientes colectivos:

a) Mujeres en general: 70,83 euros/mes (850/año) durante 4 años.

b) Mujeres que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, o de la adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente: 100 euros/mes (1.200 euros/año) durante 4 años.

c) Mujeres que se reincorporen al empleo después de cinco años de in-

actividad laboral, siempre que, anteriormente a la retirada del mercado de trabajo, hubiesen estado de alta en cualquier régimen de Seguridad Social durante un mínimo de 3 años: 100 euros/mes (1.200 euros/año) durante 4 años.

d) Mayores de cuarenta y cinco años: 100 euros/mes (1.200 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.

e) Jóvenes de dieciséis a treinta años, ambos inclusive: 66,67 euros/mes (800 euros/año) durante 4 años.

f) Trabajadores inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses: 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años.

2. Los empleadores, incluidos los Centros Especiales de Empleo, que contraten indefinidamente a personas con discapacidad tendrán derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 250 euros/mes (3.000 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Cuando se trate de la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, procedentes de enclaves laborales, la bonificación a que tendrá derecho la empresa colaboradora será de 266,67 euros/mes (3.200 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.

En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento de empleo la bonificación ascenderá a 183,33 euros/mes (2.200 euros/año), durante toda la vigencia del con-

trato. Tendrán derecho a la misma bonificación los Centros Especiales de Empleo que contraten a estos trabajadores mediante cualquier contrato temporal, incluidos los formativos.

Para tener derecho a los beneficios establecidos en este apartado los trabajadores con discapacidad deberán tener un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o la específicamente establecida en el caso de enclaves laborales. Se considerarán también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

3. Los empleadores que contraten indefinidamente a personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o de víctima de violencia doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante 4 años.

En el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

4. Los empleadores que contraten indefinidamente a trabajadores en

situación de exclusión social, incluidos en los colectivos relacionados en la disposición adicional segunda de este real decreto-ley, y que tengan acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes, podrán acogerse a las bonificaciones mensuales de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado, de 50 euros/mes (600 euros/año) durante 4 años.

En el caso de que la contratación sea temporal dará derecho a una bonificación de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

5. Igualmente se incentivará la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración y de su transformación en indefinido, con una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 41,67 euros/mes (500 euros/año) durante 4 años, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.

6. En todos los casos mencionados en este artículo, cuando el contrato indefinido o temporal sea a tiempo parcial, las bonificaciones previstas en cada caso se aplicarán en las siguientes proporciones:

a) El 100 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a las tres cuartas partes de la jornada habitual o a tiempo completo.

b) El 75 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada.

c) El 50 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo

completo e inferior a la mitad de dicha jornada.

d) El 25 %, cuando la jornada laboral sea inferior al 25 % de la jornada habitual o a tiempo completo.

7. Los contratos de trabajo que se celebren con los trabajadores incluidos en los colectivos a que se refiere este artículo se formalizarán en el modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal.

Art. 3.º *Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo.*—1. Los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, celebrados con anterioridad al 1 de junio de 2006, que se transformen en indefinidos, antes del 1 de enero de 2007, darán derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 66,67 euros/mes (800 euros/año), durante 3 años.

2. En el caso de que los contratos sean a tiempo parcial la bonificación se aplicará en los términos del artículo 2.6.

3. Los contratos de trabajo a que se refiere este artículo se formalizarán en el modelo oficial que facilite el Servicio Público de Empleo Estatal.

Art. 4.º *Bonificaciones para el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades.*—1. Los contratos de trabajo de carácter indefinido de los trabajadores de sesenta o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco o más años, darán derecho a la bonificación del 50 % de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, sobre las cuotas devengadas desde la fecha de cumplimiento de los requisitos anterior-

mente señalados, incrementándose anualmente dicha bonificación en un 10 % transcurrido un año desde su aplicación, hasta alcanzar un máximo del 100 %.

Si, al cumplir sesenta años de edad, el trabajador no tuviere la antigüedad en la empresa de cinco años, la bonificación a la que se refiere el párrafo anterior será aplicable a partir de la fecha en que alcance la citada antigüedad.

2. Los contratos de trabajo de carácter indefinido de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo darán derecho, cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del inicio del permiso de maternidad, siempre que esta incorporación sea a partir del 1 de julio de 2006, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 100 euros al mes (1.200 euros/año) durante los 4 años siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo.

En el supuesto de que el contrato fuera de duración determinada o temporal, se tendrá derecho a esa misma bonificación si en el momento de la reincorporación el contrato se transforma en indefinido.

En el caso de que los contratos sean a tiempo parcial, la bonificación se aplicará en los términos del artículo 2.6.

Art. 5.º Requisitos de los beneficiarios.—Los beneficiarios de las bonificaciones previstas en este Programa deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en

la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes. Si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la pérdida automática de las bonificaciones reguladas en el presente Programa, respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta dicho periodo como consumido para el cómputo del tiempo máximo de bonificación.

b) No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Art. 6.º Exclusiones.—1. Las bonificaciones previstas en este Programa no se aplicarán en los siguientes supuestos:

a) Relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, u otras disposiciones legales.

b) Contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. No será de aplicación esta exclusión cuando el empleador sea un

trabajador autónomo sin asalariados, y contrate a un solo familiar menor de cuarenta y cinco años, que no conviva en su hogar ni esté a su cargo.

c) Contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación.

No se aplicará lo establecido en el párrafo anterior en los supuestos de transformación de los contratos, en que se estará a lo previsto en los artículos 2.5, 3 y 4.2.

Lo dispuesto en este apartado será también de aplicación en el supuesto de vinculación laboral anterior del trabajador con empresas a las que el solicitante de los beneficios haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

d) Trabajadores que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en otra empresa en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato. Esta exclusión no se aplicará cuando la finalización del contrato sea por despido reconocido o declarado improcedente, o por despido colectivo.

e) Incorporaciones de socios trabajadores o de trabajo a cooperativas o sociedades laborales cuando hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades superior a los doce meses.

2. Las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones es-

tablecidas en este Programa. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas.

El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

3. Cuando se trate de contrataciones con trabajadores con discapacidad, solo les será de aplicación las exclusiones de la letra c), si el contrato previo hubiera sido por tiempo indefinido, y de la letra d) del apartado 1, así como la establecida en el apartado 2.

No obstante, la exclusión establecida en la letra d) del apartado 1 no será de aplicación en el supuesto de incorporación a las empresas colaboradoras de los trabajadores con discapacidad procedentes de enclaves laborales.

Art. 7.º Concurrencia, cuantía máxima e incompatibilidad de las bonificaciones.—1. En el supuesto en que la contratación de un trabajador pudiera dar lugar simultáneamente a su inclusión en más de uno de los supuestos para los que están previstas bonificaciones en este Programa, sólo será posible aplicarlas respecto de uno de ellos, correspondiendo la opción al beneficiario en el momento de formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social que da derecho a la aplicación de las bonificaciones.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, las bonificaciones en las cotizaciones previstas para los contratos indefinidos con trabajadores de sesenta o más años y con una antigüedad en la empresa de cinco o más años serán compatibles con las bonificaciones establecidas con carácter general, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda

superar el 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

2. Las bonificaciones no podrán, en ningún caso, superar el 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social que hubiera correspondido ingresar.

3. Las bonificaciones aquí previstas no podrán, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60 % del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica, salvo en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados por los Centros Especiales de Empleo, en que se estará a lo establecido en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones destinadas a la integración laboral de las personas con discapacidad en estos Centros.

Art. 8.º *Mantenimiento de bonificaciones.*—1. Cuando, durante la vigencia de un contrato bonificado al amparo de este real decreto-ley que se hubiera concertado a tiempo parcial, se transforme en a tiempo completo, o viceversa, no se perderán las bonificaciones, sino que se percibirán conforme corresponda al nuevo contrato, sin que ello suponga el inicio de ningún nuevo periodo de bonificación.

En el supuesto de que se reitere la novación del contrato a que se refiere el párrafo anterior, se perderán las bonificaciones a partir de la segunda novación, salvo que esta última sea de tiempo parcial a tiempo completo.

No se producirá tampoco la pérdida de las bonificaciones en los supuestos en que los trabajadores jubilados parcialmente incrementen anualmente la reducción de su jornada de

trabajo y salario, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

2. Se podrán mantener las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por la contratación indefinida de un trabajador cuando éste haya extinguido voluntariamente un contrato acogido a medidas previstas en los Programas de fomento del empleo de aplicación a partir del 17 de mayo de 1997, incluidas las medidas reguladas en este Programa de Fomento, y sea contratado sin solución de continuidad mediante un nuevo contrato indefinido, a tiempo completo o parcial, incluida la modalidad de fijo discontinuo, por otra empresa o entidad, dentro del mismo grupo de empresas.

En este caso, al nuevo contrato le serán de aplicación las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social que respecto del trabajador se vinieran disfrutando por el anterior empleador, en la misma cuantía y por el tiempo que reste para completar el período total previsto en el momento de su contratación indefinida inicial. En el supuesto de que el contrato fuera a tiempo parcial y se transforme en a tiempo completo o viceversa, se estará a lo establecido en el apartado anterior.

Si el primer empleador hubiera percibido alguna otra ayuda de fomento del empleo por la misma contratación, no estará obligado a su devolución, ni se tendrá derecho a una nueva ayuda en su caso por el nuevo contrato.

3. En caso de sucesión de empresas, en virtud de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el nuevo empleador no perderá el derecho a las bonificaciones disfrutadas por el anterior, beneficiándose de ellas por el tiempo que reste hasta el período máximo que correspondiera.

Art. 9.º *Reintegro de los beneficios.*—1. En los supuestos de obten-

ción de las bonificaciones sin reunir los requisitos exigidos, procederá la devolución de las cantidades dejadas de ingresar por bonificación de cuotas a la Seguridad Social con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social.

2. La obligación de reintegro establecida en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

SECCIÓN 2.^a

Contrato de fomento de la contratación indefinida

Art. 10. *Modificación de 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 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, queda modificada como sigue:

Uno. La letra b) del apartado 2 de la disposición adicional primera queda redactada en los siguientes términos:

«b) Trabajadores que, en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrado con anterioridad al 31 de diciembre de 2007».

Dos. Se añade un segundo párrafo al apartado 4 de la disposición adicional primera con la siguiente redacción:

«Si se procediera según lo dispuesto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización

ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1.b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior».

SECCIÓN 3.^a

Reducción de cotizaciones empresariales por contratos indefinidos

Art. 11. *Modificación de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.*—El número 2 del apartado Nueve del artículo 110 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, queda redactado en los siguientes términos:

«2. A partir del 1 de julio de 2006, los tipos de cotización serán los siguientes:

A. Para la contingencia de desempleo:

a) Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas, de relevo, interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores discapacitados: el 7,30 por ciento, del que el 5,75 por ciento será a cargo del empresario y el 1,55 por ciento a cargo del trabajador.

b) Contratación de duración determinada:

1.º Contratación de duración determinada a tiempo completo: el 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador.

2.º Contratación de duración determinada a tiempo parcial: 9,30 por ciento, del que el 7,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador.

El tipo de cotización para los trabajadores por cuenta ajena de carác-

ter eventual, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, será el fijado en el apartado 1.º, párrafo b) anterior, para la contratación de duración determinada a tiempo completo, salvo cuando sea de aplicación el tipo de cotización previsto en el párrafo a) anterior, para contratos concretos de duración determinada o para trabajadores discapacitados. La cuota a ingresar por el trabajador y por el empresario se reducirá, respectivamente, en un 30 por ciento.

B. Para la cotización al Fondo de Garantía Salarial, el 0,20 por ciento a cargo exclusivo de la empresa.

C. Para la cotización por Formación Profesional, el 0,70 por ciento, siendo el 0,60 por ciento a cargo de la empresa y el 0,10 por ciento a cargo del trabajador».

CAPÍTULO II

Modificación de la legislación laboral para mejorar la utilización de la contratación temporal, las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y la transparencia en la subcontratación de obras y servicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores

Art. 12. *Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.*—El Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado como sigue:

Uno. La letra a) del apartado 2 del artículo 11 queda redactada del siguiente modo:

«a) Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintiún años que carez-

can de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas.

El límite máximo de edad será de veinticuatro años cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller y casas de oficios.

El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo o se trate de personas con discapacidad».

Dos. El apartado 5 del artículo 15 queda redactado en los siguientes términos:

«5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, 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.

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 ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los

contratos formativos, de relevo e interinidad».

Tres. Se modifica el párrafo segundo del artículo 33.1, que queda redactado en los siguientes términos:

«A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días».

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 33, que queda redactado del siguiente modo:

«2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos

de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior».

Cinco. Se modifica el párrafo primero del apartado 7 del artículo 33, que queda redactado del siguiente modo:

«7. El derecho a solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago de las prestaciones que resultan de los apartados anteriores prescribirá al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones».

Seis. Se modifica el párrafo primero del apartado 8 del artículo 33, que queda redactado en los siguientes términos:

«8. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Siete. El apartado 4 del artículo 42 queda redactado del siguiente modo:

«4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal

de la empresa contratista o subcontratista.

b) Objeto y duración de la contrata.

c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores».

Ocho. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 42 con la siguiente redacción:

«6. Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende».

Nueve. Se añade un nuevo apartado 7 al artículo 42 con la siguiente redacción:

«7. Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordina-

ción entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación».

Diez. El artículo 43 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 43. *Cesión de trabajadores*.—1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del

trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

Once. El artículo 81 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 81. *Locales y tablón de anuncios.*—En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo».

Doce. El apartado 1 de la disposición adicional segunda queda redactado del siguiente modo:

«1. Las empresas que celebren contratos en prácticas con trabajadores con discapacidad 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».

Trece. La disposición adicional decimoquinta queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional decimoquinta. *Aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas.*—Lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos

autónomos, 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».

Art. 13.º *Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.*—La letra c) del artículo 8 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, queda redactada en los siguientes términos:

«c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor».

Art. 14.º *Modificación del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.*—Se añade un nuevo apartado 12 al artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, con la siguiente redacción:

«12. No disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores, cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores».

CAPÍTULO III
**Mejora de la protección
 por desempleo de colectivos
 específicos**

Art. 15.º *Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.*—Uno. El número 4) del apartado 1 del artículo 208 queda redactado en los términos siguientes:

«4) Igualmente, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva.

Las referencias a los fijos discontinuos del título III de esta Ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas».

Dos. La letra b) del número 1 del apartado 1 del artículo 215 que queda redactado del siguiente modo:

«b) Haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares y ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento».

Tres. El número 4) del apartado 1 del artículo 215 queda redactado en los siguientes términos:

«4) Los desempleados mayores de cuarenta y cinco años en la fecha en que hayan agotado un derecho a prestaciones por desempleo de setecientos veinte días de duración, que cumplan todos los requisitos establecidos en el apartado 1.1 de este artículo, excepto el relativo al período de espera, tendrán derecho a un subsidio especial con carácter previo a la solicitud del subsidio por desempleo previsto en los párrafos a) y b) de dicho apartado 1.1, siempre que no hubiesen generado derecho a una nueva pres-

tación de nivel contributivo o no tuviesen derecho al subsidio previsto en el apartado anterior.

Asimismo, y sin perjuicio del acceso al subsidio previsto en el párrafo anterior si se reúnen los requisitos en él exigidos, cuando se extinga la relación laboral de los trabajadores fijos discontinuos que hayan agotado un derecho a la prestación por desempleo de cualquier duración, aunque con posterioridad a dicho agotamiento y antes de la extinción de la relación laboral hubieran percibido subsidio por desempleo en los períodos de inactividad productiva, y en el momento de la solicitud sean mayores de cuarenta y cinco años, tendrán derecho al subsidio previsto en el párrafo anterior, en los términos establecidos en el mismo, siempre que hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de nueve años a lo largo de su vida laboral».

Art.º 16. *Situación legal de desempleo por finalización de la relación societaria temporal de los socios trabajadores de cooperativas.*—Se incorporan al Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, una letra c) en el apartado 1 del artículo 2, y una letra d) en el artículo 3, y se modifica el apartado 1 del artículo 5, con la siguiente redacción:

«c) Por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada».

«d) En el supuesto de finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada, será necesaria certificación del Consejo Rector de la baja en la cooperativa por dicha causa y su fecha de efectos».

«1. Los socios trabajadores que se encuentren en situación legal de desempleo deberán solicitar de la entidad gestora competente el reconoci-

miento del derecho a las prestaciones dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo de expulsión de la Cooperativa o, en su caso, del acta de conciliación o de la resolución judicial, del acuerdo de no admisión de la Cooperativa al interesado, de la resolución de la Autoridad Laboral a la Cooperativa, o de la fecha en que finalizó el período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada. En caso de presentar la solicitud fuera del indicado plazo se estará a lo dispuesto en las normas de carácter general».

Disposición adicional primera.

Contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad.—1. 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 ciento 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.

2. La duración de estos contratos no podrá ser inferior a doce meses ni superior a tres años. Cuando se concierten por un plazo inferior al máximo establecido podrán prorrogarse antes de su terminación por períodos no inferiores a doce meses.

3. A la terminación del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio.

4. No podrán contratar temporalmente al amparo de la presente dispo-

sición 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.

El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

5. A estos contratos les será de aplicación la subvención establecida en el artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

6. La transformación de los contratos de duración determinada regulados en esta disposición en contratos indefinidos dará derecho a la obtención de las subvenciones establecidas en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

7. Los empresarios deberán contratar a los trabajadores a través de la Oficina de Empleo y formalizar los contratos por escrito en el modelo oficial que se facilite por el Servicio Público de Empleo Estatal.

8. El Gobierno podrá modificar lo establecido en esta disposición, de acuerdo con el artículo 17.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, previa consulta a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas.

Disposición adicional segunda.

Exclusión social y fomento del empleo.—A efectos del Programa de Fomento del empleo regulado en la sección 1.^a del capítulo I de este real decreto-ley, la situación de exclusión social se acreditará por la pertenencia a alguno de los colectivos relacionados a continuación:

a) Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.

b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas: 1.º Falta de periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora. 2.º Haber agotado el periodo máximo de percepción legalmente establecido.

c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.

d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.

Disposición adicional tercera.

Financiación, aplicación y control de los incentivos del Programa de Fomento del empleo.—1. Las bonificaciones previstas para las contrataciones establecidas en el Programa de Fomento del empleo regulado en este real decreto-ley, se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.

2. Las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social se aplicarán por los empleadores con carácter automá-

tico en los correspondientes documentos de cotización, sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de Seguridad Social y por el Servicio Público de Empleo Estatal.

3. La Tesorería General de la Seguridad Social facilitará mensualmente al Servicio Público de Empleo Estatal, el número de trabajadores objeto de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, desagregados por cada uno de los colectivos de bonificación, con sus respectivas bases de cotización y las deducciones que se apliquen de acuerdo con los programas de incentivos al empleo y que son financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

4. Con la misma periodicidad, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, facilitará a la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social la información necesaria sobre el número de contratos comunicados objeto de bonificaciones de cuotas, detallados por colectivos, así como cuanta información relativa a las cotizaciones y deducciones aplicadas a los mismos sea precisa, al efecto de facilitar a este centro directivo la planificación y programación de la actuación inspectora que permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma.

Disposición adicional cuarta.

Modificaciones futuras de la cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.—Las modificaciones futuras en el tipo de cotización y en la cuantía de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial estarán determinadas por la situación del excedente financiero del mismo, que podrá utilizarse

como fondo de estabilización para la financiación de las necesidades anuales del organismo, todo ello previa consulta a su Consejo Rector.

Disposición adicional quinta.

Gestión de la formación profesional y Ley General de Subvenciones.—1. La Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo actuará como entidad colaboradora y de apoyo técnico del Servicio Público de Empleo Estatal en el marco del Sistema de Formación Profesional, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

2. En el ámbito de la formación profesional se considerará a efectos de lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones que el beneficiario ha cumplido lo allí establecido cuando justifique de modo razonado que la elección del proveedor responde a los criterios de eficacia y economía, teniendo en cuenta la formación a realizar y el ámbito en que ésta se desarrolla.

A estos efectos, la normativa reguladora de la formación profesional podrá concretar dichos criterios.

Disposición adicional sexta.

Modernización de los Servicios Públicos de Empleo.—El Gobierno instrumentará en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley un Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal que garantice la adecuada coordinación con los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos así como la modernización y mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y que contará con una adecuada dotación presupuestaria que se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007. Este Plan incluirá necesariamente un Plan Estratégico de Recursos

Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal.

Disposición adicional séptima.

Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.—1. Sin perjuicio del respeto a la autonomía colectiva de las partes, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos a que se refiere la disposición final segunda de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, asumirá funciones de observatorio de la negociación colectiva que englobará la información, el estudio, la documentación y la difusión de la misma.

2. Con el fin de garantizar el funcionamiento eficaz de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el Gobierno podrá adaptar el marco jurídico institucional de la misma en el que se garantice la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas; asimismo le proporcionará el apoyo técnico y los medios que sean necesarios.

Disposición transitoria primera.

Régimen aplicable a los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley.—

1. Los contratos de trabajo para la formación y de inserción concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron.

2. Los contratos temporales de fomento del empleo para personas con discapacidad concertados con anterioridad al 1 de julio de 2006 se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron.

3. Las bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad

al 1 de julio de 2006 se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, a dichos contratos les será de aplicación lo establecido en el artículo 8 de este real decreto-ley.

Disposición transitoria segunda. *Régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales.*—Lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley.

Respecto de los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor de este real decreto-ley.

Disposición transitoria tercera. *Tipos de cotización aplicables a los contratos de inserción subsistentes.*—La cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional por los contratos de inserción subsistentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley se realizará aplicando las bases y tipos de cotización vigentes en la fecha de devengo de las cuotas correspondientes, siendo el tipo de cotización por la contingencia de desempleo el establecido en cada momento para la contratación indefinida.

Disposición transitoria cuarta. *Aplicación de las nuevas prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.*—Las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial que se establecen en la nueva redacción del artículo 33 de la Ley

del Estatuto de los Trabajadores serán aplicables a las solicitudes de prestaciones que se presenten a partir la entrada en vigor de este real decreto-ley.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*—1. Quedan derogados:

a) Del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo:

1.º El artículo 15.1.d).

2.º Las referencias al contrato de inserción contenidas en los artículos 8.2, 15.6 y 49.1.c).

3.º La disposición adicional decimosexta.

b) El artículo 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

c) Las disposiciones adicionales cuarta, apartado tres, y quinta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

d) La disposición adicional cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

e) La disposición adicional quincuagésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, excepto los apartados 1 y 2 del número Diez.

2. Se derogan las referencias a las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, por la contratación de trabajadores con discapacidad, o su incorporación como socios a cooperativas de trabajo asociado, contenidas en las normas que se citan a continuación, manteniéndose en vigor el resto de ayudas o subvenciones:

a) Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

b) Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.

c) Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

3. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto-ley.

Disposición final primera. *Consulta y participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*—Las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas y podrán formular propuestas sobre los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, a través de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria.

A tal efecto, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales dictará, en el plazo de tres meses, las normas oportunas para la constitución del órgano correspondiente en el ámbito de la Administración General del Estado. Las Comunidades Autónomas, en función de su capacidad de autoorganización, es-

tablecerán las correspondientes instancias de esta participación de las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Disposición final segunda. *Autorizaciones al Gobierno.*—1. Con el fin de profundizar en la consecución de los objetivos a que responde este real decreto-ley, se autoriza al Gobierno para que, en función de la evolución que experimente el empleo, especialmente de los trabajadores que tengan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo o para el mantenimiento del empleo, pueda introducir, previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, modificaciones en el Programa de Fomento del Empleo que se regula en el mismo, tanto en lo que se refiere a los colectivos beneficiarios, como a los incentivos aplicables y a las condiciones exigidas para su aplicación, y asimismo para que pueda establecer programas específicos para mejorar la formación y cualificación profesional y facilitar la estabilidad en el empleo y la reinserción laboral de los trabajadores que hubieran perdido su empleo como consecuencia de procesos de liberalización del comercio y de la globalización.

2. Asimismo, el Gobierno podrá modificar las disposiciones incorporadas al Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el artículo 16 de este real decreto-ley en cuanto a la situación legal de desempleo por finalización de la relación societaria temporal de los socios trabajadores de cooperativas.

Disposición final tercera. *Facultades de desarrollo.*—El Gobierno y el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en el ámbito de sus competencias, dictarán las disposiciones necesarias para la ejecución de lo establecido en este real decreto-ley, previa consulta a las

Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas.

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*—El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo los capítulos I y III; las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y sexta, y la disposi-

ción derogatoria, apartados 1.b), 1.c), 1.d) y 1.e) y 2, que entrarán en vigor el 1 de julio de 2006.

Dado en Madrid, el 9 de junio de 2006.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

ANEXO Programa de Fomento de Empleo

Real Decreto-Ley para la mejora del crecimiento y del empleo (Bonificaciones empresariales a la contratación laboral)

Colectivos	Descripción	Cuantía anual (en euros)	Duración
Bonificaciones a la contratación indefinida			
Mujeres.	Desempleadas, así como las víctimas de violencia de género (art. 2.1.a) y 2.3).	850	4 años.
	Contratadas en los 24 meses siguientes al parto (art. 2.1.b). Contratadas después de 5 años de inactividad laboral, si, anteriormente a su retirada, han trabajado, al menos, 3 años (art. 2.1.c).	1.200	4 años.
Mayores de 45 años (art. 2.1.d).		1.200	Toda la vigencia del contrato.
Jóvenes.	De 16 a 30 años (art. 2.1.c).	800	4 años.
Otros colectivos y situaciones especiales.	Parados de al menos 6 meses y trabajadores en situación de exclusión social (arts. 2.1.f) y 2.4).	600	4 años.
	Personas con discapacidad (art. 2.2).	3.000	Toda la vigencia del contrato.
	Personas con discapacidad severa, procedentes de enclaves laborales (art. 2.2)	3.200	Toda la vigencia del contrato.
Conversiones en indefinidos de contratos formativos, de relevo y sustitución por jubilación (art. 2.5).		500	4 años.
Plan Extraordinario para la Conversión de Empleo Temporal en Fijo			
Conversiones en indefinidos de contratos temporales, incluidos los contratos formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, en todos los casos celebrados antes del 1 de junio de 2006, siempre que la conversión se realice antes del 1 de enero de 2007 (art. 3).		800	3 años.

(Continuación)

Bonificaciones en supuestos excepcionales de contratación temporal		
Personas con discapacidad (art. 2.2).	2.200	Toda la vigencia del contrato.
Víctimas de violencia de género o doméstica (art. 2.3).	600	Toda la vigencia del contrato.
Personas en situación de exclusión social (art. 2.4).	500	Toda la vigencia del contrato.
Bonificaciones para el mantenimiento del empleo indefinido		
Contratos de carácter indefinido de trabajadores de 60 o más años con una antigüedad en la empresa de 5 o más años (art. 4.1).	50 % de aportación empresarial por contingencias comunes salvo incapacidad temporal, incrementándose un 10 %, hasta el 100 %.	Toda la vigencia del contrato.
Mujeres con contrato suspendido (indefinido o temporal que se transforme en indefinido) reincorporadas tras la maternidad (art. 4.2).	1.200	4 años.









