

LA REGULACIÓN «NO ESTÁ EN FUNCIONES»: NOVEDADES «POST-VACACIONALES» QUE MARCAN LA AGENDA DE LA NUEVA REFORMA LABORAL

Cristóbal Molina Navarrete

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

EXTRACTO

En España sigue habiendo notables desequilibrios dentro de su mercado de trabajo, algunos de los cuales tienen como causa la deficiente regulación del mismo. Sin embargo, la extrema incertidumbre en torno a la constitución de un Gobierno de la Nación que padece este país, que dura ya prácticamente un año, está provocando una enorme parálisis en ese nuevo proceso de reformas. Pero esta pasividad política y legislativa no quiere decir que no haya un intenso activismo regulador en las relaciones de trabajo en este tiempo. Al contrario, en pleno periodo de vacaciones de verano, se vienen sucediendo numerosas novedades jurídicas en la regulación de las relaciones de trabajo en España. Buena parte de estos cambios se deben a los compromisos adquiridos con la Unión Europea y a la presión que las autoridades europeas están ejerciendo para promover una ordenación más equilibrada de nuestro mercado de trabajo. Esta presión no viene solo de la Comisión Europea –Gobierno económico y político de la Unión Europea–, sino también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, de especial relevancia es el asunto relativo a la indemnización para la extinción de los contratos temporales, donde el TJUE ha sentado una doctrina, ciertamente muy parca y ambigua, que está causando un auténtico terremoto jurídico-social. También el Tribunal Supremo español se ha sumado a cumplir una función legislativa en materia de relaciones laborales, de modo que, al final, parece imprescindible que el nuevo Gobierno y el nuevo Parlamento, cuando estén realmente activos, asuman una nueva, la enésima, reforma laboral.

Palabras claves: contratos temporales de trabajo, emprendimiento, convenio del metal y jurisprudencia comunitaria.

Fecha de entrada: 22-09-2016 / Fecha de aceptación: 22-09-2016

LABOR REGULATIONS «IS NOT PROVISIONAL» IN SPAIN: LEGALS INNOVATIONS «FOR AFTER THE SUMMER HOLIDAYS» THAT DEMAND A NEW LABOR REFORM

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

In Spain continue notable imbalances in the labor market. These dysfunctions are caused poor regulation. The extreme uncertainty surrounding the establishment of a National Government causes a paralysis in this new process of legal reform. Despite this political and legislative inaction, Spain lives an intense regulatory activism in labor relations. In the summer holiday period, there have been numerous legal developments in the regulation of labor relations. These changes are due to the commitments made with the European Union and the pressure that the European authorities are exerting to promote more balanced development of our labor market. This pressure comes from the European Commission –the economic and political government of the European Union–; but also it is caused a strong interventionism Court of Justice of the European Union. In this sense, the question of compensation for the termination of temporary contracts has particular significance. The ECJ has laid a doctrine, certainly very meager and ambiguous, which is causing a great social and legal turmoil. Also the Spanish Supreme Court has joined fulfill a «legislative activity» in labor relations. Therefore, it seems imperative that the new Government and the new Parliament, when they are really active, take on a new labor.

Keywords: temporary work contracts, entrepreneurship, metal collective agreement and Court of Justice of the European Union.

Sumario

1. «Pasividad política» versus «activismo laboral»... «*eppur si muove*» en la regulación de las relaciones laborales
2. Novedades reglamentarias: La seguridad y salud en el trabajo como una fuente incesante de regulación
 - 2.1. La perpetuación parcial de «malos hábitos» de transposición de normas comunitarias: El nuevo límite de las ocho horas para el trabajo nocturno «de alta tensión»
 - 2.2. La nueva regulación reglamentaria de protección frente a la exposición laboral a los riesgos electromagnéticos: Progreso de presente, freno frente al progreso de futuro
3. Una nueva conmoción en un pilar esencial del sistema de relaciones laborales: ¿La jurisprudencia comunitaria se ceba con la dualidad del mercado de trabajo español?
 - 3.1. Planteamiento general: La contratación temporal en el ojo del huracán del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - 3.2. ¿Ante el fin de un mal endémico de la sanidad pública española? Encadenar los nombramientos de empleo administrativo temporal puede ser abusivo
 - 3.3. La legitimidad de transformar la relación temporal estatutaria en una relación de «empleo público-administrativo indefinido no fijo»
 - 3.4. La convulsión del sistema de indemnización de los contratos temporales: ¿Hasta dónde llega el derecho a indemnización por finalización del contrato temporal?
4. El Tribunal Supremo se suma a la función legislativa: Dos experiencias recientes
 - 4.1. El Tribunal Supremo alimenta la «burbuja española del emprendimiento»: El trabajador autónomo societario tiene derecho a la capitalización de su prestación por desempleo
 - 4.2. Extensión jurisprudencial de los salarios de trámite a los despidos improcedentes con imposibilidad de readmisión: Velado, pero nuevo, desafío a la reforma
5. La persistente y renovada reacción convencional contra la reforma laboral: La pugna por el nuevo convenio estatal del metal

La transgresión de la lógica conduce al predominio de la maravilla. Nada es ya subalterno: todo regresa a su veracidad más ilusoria (...). No sin ser deformada puede la realidad exhibir sus enigmas.

F. Caballero Bonald

Poesía contra los desahucios. Anatomía Poética

1. «PASIVIDAD POLÍTICA» VERSUS «ACTIVISMO LABORAL»... «EPPUR SI MUOVE» EN LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

La extremada pasividad política que deriva de la persistente incertidumbre sobre el Gobierno de la Nación, que va camino de una purgatoria «eternidad en funciones», para nada va acompañada de una paralela inactividad jurídico-laboral. Al contrario, desde que la mayor parte de los operadores jurídico-laborales iniciara su merecido periodo vacacional, con la gran novedad que supuso la confirmación jurisprudencial de la doctrina judicial sobre la inclusión en el derecho al salario de la práctica totalidad de la componente variable, el sistema de fuentes no legislativas de las relaciones de trabajo –la potestad reglamentaria, el poder convencional y decisiones jurisprudenciales–, conformadoras de un potente «Derecho Vivo», evidencia un intenso activismo regulador. Como se expondrá, en algunos aspectos –las indemnizaciones por ruptura del conjunto de los contratos temporales de trabajo; pero no solo–, la profundidad de sus innovaciones, más bien conmociones, es tal que marcará, sí o sí, la agenda socio-laboral del eventual próximo nuevo Gobierno, tenga el color que tenga, hasta imponerle ciertas pautas a seguir en la nueva reforma laboral legislativa que, sí o sí también, se producirá en 2017.

La extremada pasividad política va acompañada de un intenso activismo regulador

En cualquier caso, tenga el sentido que tenga esa nueva reforma, algunas de esas innovaciones jurídico-laborales ya han conmocionado de forma especialmente trascendental nuestra regulación laboral y el mercado de trabajo español mismo. En esta dirección activista, al margen de la existencia o no de Gobierno, y por tanto de un Parlamento pleno, es obligado evidenciar que casi todas esas innovaciones tienen un análogo motor: los imperativos derivados

Es obligado evidenciar que casi todas las innovaciones jurídico-laborales tienen un análogo motor: los imperativos derivados de nuestros compromisos comunitarios

de nuestros compromisos comunitarios, una maquinaria absolutamente inagotable de generar «*deberes reguladores*» para los Estados nacionales, que muchos viven como una auténtica pesadilla (el «*Brexit*» no es ajeno a ella).

2. NOVEDADES REGLAMENTARIAS: LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO COMO UNA FUENTE INCESANTE DE REGULACIÓN

2.1. LA PERPETUACIÓN PARCIAL DE «MALOS HÁBITOS» DE TRANSPOSICIÓN DE NORMAS COMUNITARIAS: EL NUEVO LÍMITE DE LAS OCHO HORAS PARA EL TRABAJO NOCTURNO «DE ALTA TENSIÓN»

Una de las mayores preocupaciones de las instituciones comunitarias es la política de «mejora de la acción legislativa», eufemismo que encubre la creciente presión de la economía de mercado y sus actores por la simplificación y reducción de las leyes, cuyo exceso, parte real y parte pretendido, sobrecargaría las obligaciones –por lo tanto, los costes– de las empresas en la Unión Europea. De ahí, el relativamente reciente «[acuerdo interinstitucional](#)» de [13 de abril de 2016](#) entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (DOUE L 123/1, 12 de mayo de 2016). De ese acuerdo no se libra tampoco la materia de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, paradójicamente, esta materia es una de las más incisivas y reglamentadas de todas las que integran la política social comunitaria, como es archisabido, que no deja de exigir constantes procesos normativos nacionales. Y ello es así no solo por la propia dinámica de renovación del exigente marco normativo comunitario en la materia, sino por los persistentes «malos hábitos» de muchos Estados, incluido el español, a la hora de transponer sus compromisos. Las usuales resistencias a una transposición adecuada llevan a las instituciones comunitarias, en especial a la Comisión, a requerir de continuos esfuerzos de mejor adaptación a los Estados nacionales.

Las usuales resistencias a una transposición adecuada de las normas comunitarias llevan a las instituciones de la Unión Europea, en especial a la Comisión, a requerir de continuos esfuerzos de mejor adaptación a los Estados nacionales

Precisamente, esta es la razón de ser del [Real Decreto 311/2016, de 29 de julio](#), por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno. Con él, por fin, España transpone correctamente el artículo 8 de la [Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a fin de recoger de forma expresa el límite de 8 horas del trabajo nocturno que implique riesgos especiales o tensiones importantes –físicas o psíquicas–. Al respecto,

es obligado recordar que la legislación española ya preveía, con antelación a esta reforma, para los trabajadores nocturnos, un límite de 8 horas diarias de trabajo, si bien solo como promedio en un periodo máximo de 15 días. Esta opción nacional no le pareció adecuada a la Comisión Europea, que dirigió al Reino de España, de conformidad con el artículo 258 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), el Dictamen Motivado 2014/4169, en el que le advertía del incumplimiento comunitario y le requería para que lo modificara, so pena de acudir al «temible», por pretoriano, TJUE. No ha hecho falta; si bien a regañadientes, el Gobierno español ha terminado cediendo y ha dado su brazo a torcer.

El artículo 8 de la Directiva 2003/88/CE dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes no trabajen más de 8 horas en el curso de un periodo de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno

Se recordará que el artículo 8 (trabajo nocturno) dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que: «a) el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no exceda de ocho horas como media por cada periodo de 24 horas; b) los trabajadores nocturnos cuyo trabajo *implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes no trabajen más de 8 horas en el curso de un periodo de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno*. A efectos de la letra b), el trabajo que implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes será definido por las legislaciones y/o las prácticas nacionales, o por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, tomando en consideración los efectos y los riesgos inherentes al trabajo nocturno». Pues bien, para no meterse en camisa de once varas, el poder reglamentario español se ha limitado, según le vienen exigiendo desde el enfoque de la reducción de cargas, a una trasposición literal. Así, el nuevo artículo 33 (capítulo IV) del [Real Decreto 1561/1995](#) copia, para trabajadores nocturnos que desarrollen trabajos con «riesgos especiales o tensiones importantes», el precepto de la directiva: la jornada de trabajo máxima

El nuevo artículo 33 del Real Decreto 1561/1995 copia el precepto de la directiva. ¿Ahora se ha cumplido correctamente? Cuando se adquieren «malos hábitos» son difíciles de corregir

de estos trabajadores será de 8 horas, en el curso de un periodo de 24 horas, durante el cual realicen un trabajo nocturno, y la determinación de tales trabajos afectados por la limitación de jornada se remite –en blanco– a lo que se disponga en las normas convencionales (convenio o acuerdo de empresa)¹.

¹ Naturalmente, toda regla general tiene sus excepciones. Por eso, en la nueva norma se prevén dos salvedades al límite máximo de referencia: a) que resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; b) en el supuesto de trabajo por turnos, en caso de irregularidades en el relevo de dichos turnos por causa no imputable a la empresa.

¿Ya está? ¿Ahora sí hemos cumplido correctamente? Bien conocido es que cuando se adquieren «malos hábitos» son muy difíciles de corregir. El preceptivo [Dictamen del Consejo de Estado](#) sobre el proyecto de esta norma alertó, con tanta razón como ineficacia, de que nada se decía sobre la jornada nocturna de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, cuando el Gobierno era plenamente consciente del Dictamen 2014/4169 de la Comisión Europea, en el que se evidenciaba el incumplimiento, para estos trabajadores de empleo público funcional, tanto del artículo 8, letra b), como del artículo 9, apartado 1, letra b) (posibilidad de traslado a un trabajo diurno en caso de problemas de salud relacionados con la prestación del trabajo nocturno) de la [Directiva 2003/88/CE](#). No considera el Consejo de Estado que se resuelva la deficiencia por la existencia de una mera «Circular» de la [Dirección General de la Policía de 18 de diciembre de 2015](#), por la que se desarrolla la jornada laboral de los funcionarios de la Policía Nacional, que llama de forma genérica a respetar la directiva, pues (a) ni tiene el rango normativo adecuado –no es una norma– ni (b) concreta correctamente el deber de protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores, también para los estatutarios-funcionarios.

En fin, una vez más, llueve siempre sobre muy mojado. La actualidad más reciente nos ha recordado cuán intensa y sorprendente puede ser la normativa comunitaria en la materia y cuánto cuesta a los Estados, en particular al nuestro, ajustarse a ella. Me refiero al pintoresco caso del maquinista de un Alvia Santander-Madrid, presentado en la mayor parte de la prensa y, por tanto, a la Opinión Pública, como expresión de un insólito y desleal abandono del tren, y a los 109 pasajeros del mismo, a su suerte en medio de la estepa castellana, porque terminada la jornada laboral las normas de seguridad y salud en el trabajo le impiden seguir, aun sin estar en el destino. Sin embargo, lo que, desde una perspectiva tradicional, puede verse como una transgresión de la buena fe contractual del profesional², desde el imperativo comunitario de la seguridad y salud, constituiría una exigencia inexorable, a menos desde hace tres décadas, fecha en la que el Gobierno español de turno –con otro color al actual–, se vio obligado a adecuar su regulación a la armonizada comunitaria de horarios laborales para maquinistas y conductores terrestres [pasajeros y mercancías por carreteras, camiones y autobuses; Reglamento CEE 3821/85, hoy actualizada con el [Reglamento \(CE\) 561/2006](#)]³.

En el concreto ámbito socio-laboral, hubo que esperar al [Real Decreto 128/2013, de 22 de febrero](#), sobre ordenación del tiempo de trabajo para que los trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera se incluyeran en la norma comunitaria reguladora de la materia –la [Directiva 2002/15/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de marzo de 2002](#), de ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades de transporte por carretera–. De este modo, la innovadora equiparación en la protección de ambos grupos de

² «Un maquinista deja tirados a 110 pasajeros porque "había terminado su jornada laboral"», Vid. <http://www.lavanguardia.com/vida/20160914/41299061431/maquinista-tren-jornada-laboral-pasajeros-tirados-osorno.html>

³ Vid. <http://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/no-el-maquinista-del-alvia-no-ha-dejado-tirados-a-los-pasajeros-ha-cumplido-con-la-ley>

trabajadores, asalariados y autónomos, en materia de protección de su salud y seguridad, se retrasó siete años en relación con la adaptación de la normativa para asalariados (2007) y tres desde que la Comisión Europea decidiera –perdida la votación en el Parlamento Europeo para una propuesta de modificación que los excluyera de la directiva vigente– que era de inmediata

aplicación a los conductores autónomos, al haber transcurrido la fecha prevista para su aplicación, sin fijar plazo suplementario alguno de transposición. En suma, las reglas de igualdad de trato para todas las personas con análogos riesgos profesionales, al margen de la forma jurídica de su relación de empleo o trabajo (aquí asalariada o autónoma) siempre tardan en llegar, por las resistencias nacionales, pero llegan, aunque sea con resistencias y déficits que exigen de una constante alerta jurídica y social.

Las reglas de igualdad de trato para todas las personas con análogos riesgos profesionales, al margen de la forma jurídica de su relación de empleo siempre tardan en llegar, por las resistencias nacionales, pero llegan

2.2. LA NUEVA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPOSICIÓN LABORAL A LOS RIESGOS ELECTROMAGNÉTICOS: PROGRESO DE PRESENTE, FRENO FRENTE AL PROGRESO DE FUTURO

Días antes –sábado 23 de julio– había entrado en vigor el [Real Decreto 299/2016, de 22 de julio](#), sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos, también directo imperativo del deber de incorporar una norma comunitaria, la [Directiva 2013/35/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos). Se trata de la vigésima directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la [Directiva 89/391/CEE](#), y por la que se deroga la [Directiva 2004/40/CE](#), con lo que se completa la regulación de los riesgos derivados de agentes físicos –los más clásicos–, cerrando el bloque de regulaciones específicas (ruido, vibraciones y radiaciones ópticas).

El real decreto constituye un instrumento de mejora de las condiciones de seguridad y salud de un amplio número de trabajadores frente a los riesgos para su salud y su seguridad derivados o que puedan derivarse de la exposición a los efectos biofísicos directos conocidos y a los efectos indirectos causados por los campos electromagnéticos. La norma asume, así, un principio avanzado de prevención, mejorando notablemente los derechos de protección de estos trabajadores, a través del refuerzo tanto de los valores límites de exposición cuanto de los deberes empresariales de ac-

La norma asume un principio avanzado de prevención, mejorando notablemente los derechos de protección de estos trabajadores, pero no acoge el más moderno y tuitivo «principio de precaución»

tuar efectivamente –a través de un plan de acción específico– para impedir que se superen. Ahora bien, como la propia exposición de motivos destaca, no acoge el más moderno y tuitivo «principio de precaución», específico para hacer frente efectivo a los denominados «riesgos del desarrollo», de modo que *deja fuera «los posibles efectos a largo plazo, ya que actualmente no existen datos científicos comprobados que establezcan un nexo causal, ni los riesgos derivados del contacto con conductores en tensión»*. En definitiva, supone un progreso significativo en relación con la situación presente pero se frena de raíz ante los eventuales riesgos que, todavía no evidenciados por la evolución científica de forma fehaciente, sí cabe sospechar que pueden producirse.

En suma, en el ordenamiento jurídico-laboral nacional vamos progresando poco a poco en el cumplimiento normativo y en la actualización de los grandes valores sociales a través de la presión que ejercen sobre nosotros las autoridades comunitarias –lo que no debe olvidarse cuando se defiende tanto la «soberanía de las naciones» (cada cual que le ponga las fronteras donde quiera)–, incluidas las «amenazas» e «intimidaciones» de aquellas. Pero no será tan solo la Comisión la autoridad comunitaria que ejerza esta presión reguladora de garantías mayores. También el pretoriano Tribunal de Justicia, y con una inusitada intensidad. Veámoslo.

3. UNA NUEVA CONMOCIÓN EN UN PILAR ESENCIAL DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES: ¿LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SE CEBARÁ CON LA DUALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL?

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL OJO DEL HURACÁN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

No es ningún secreto que, en los últimos dos años, el TJUE está desplegando un muy intenso activismo jurisprudencial, también en el sistema de las relaciones laborales en España, con tal extensión y énfasis que ilustra una auténtica política jurisprudencial del Derecho del Trabajo, cumpliendo una genuina «función legislativa». El sistema de justicia social multinivel actual nos ofrece cada día muestras más destacadas de su relevancia, por lo que es evidente que cualquier operador jurídico-laboral que se precie, también cualquiera que ejerza función consultora y de asesoramiento, o de gestión, en este ámbito, debe permanecer especialmente atento no ya a lo que salta de la «ciudad de la justicia de Madrid» –Tribunal Supremo–, sino también, e incluso sobre todo, de la «ciudad de la justicia socio-laboral de Luxemburgo». Casos como los relativos a los ya mencionados salarios variables, cuestiones de tanta trascendencia como la «sucesión de empresa» –sobre la que se hace una magnífica revisión en el [diálogo](#) de la profesora Margarita Mi-

El TJUE está desplegando un muy intenso activismo jurisprudencial, también en el sistema de las relaciones laborales en España

ÑARRO—, o la relativa al ámbito de cómputo del despido colectivo —sobre el que el Tribunal Supremo acaba de pronunciarse—, por citar solo algunos de los más recientes y determinantes para nuestro país, son emblemáticas muestras del poder pretoriano de la jurisprudencia comunitaria y de su extrema capacidad de innovación, cuando no de plena revolución, de un sistema jurídico-nacional socio-laboral.

Tampoco es secreto alguno que España tiene un sistema-experiencia de contratación temporal que favorece el uso y abuso del mismo, de modo que un porcentaje muy importante de los contratos temporales, tanto en el empleo privado como, cada vez más, en el empleo público, son fraudulentos. Además, existen desde hace mucho tiempo marcadas diferencias en la regulación de los contratos temporales y de los contratos indefinidos, en especial en un momento crucial, y socialmente muy delicado, de la relación, el de la extinción. Por lo tanto, no era de extrañar que, en algún momento, ambas realidades —el poder pretoriano del TJUE y las malísimas prácticas de contratación temporal en España, país con una economía de gran estacionalidad, todo hay que decirlo— se enfrentaran, como un auténtico «choque de trenes». Aunque son muchos los casos particulares en los que ha tenido que intervenir el TJUE, algunos muy relevantes, ninguno de ellos ha causado la conmoción de los tres que se han dictaminado el mismo día: el —para algunos fatídico, para muchos esperanzador— 14 de septiembre de 2016.

Me refiero, cómo no, a los tres que copan hoy todos los periódicos, especializados o no, en nuestro país, abriendo intensos debates de toda índole sobre su alcance, en especial el tercero. Así:

- a) En el [asunto C-16/15](#), el Tribunal de Justicia considera que la utilización de nombramientos de duración determinada sucesivos, encadenándolos sin límite efectivo, para atender a necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud —madrileño, pero afecta a todos— es contraria al Derecho de la Unión. Consecuentemente, una adecuada forma de protección podría-debería ser la de incluir obligaciones de los empleadores públicos para crear plazas estructurales en casos de prolongación de empleos temporales.
- b) En los [asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#), el TJUE nos precisa que las autoridades nacionales deben fijar medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos constatados tanto en lo que atañe a las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho laboral como a aquellas regidas por el Derecho administrativo. Estas medidas incluyen la conversión de tales empleos temporales público-administrativos, no solo laborales, en «empleos fijos discontinuos», lo que, sin duda, constituye una auténtica revolución en nuestro sistema, pese a que la prensa ha dedicado menos atención a esta doctrina, al menos de momento.
- c) En el [asunto C-596/14](#), el Tribunal, refiriéndose al principio de no discriminación, considera que los trabajadores con contrato de duración determinada tienen derecho a una indemnización por finalización de contrato del mismo modo que los trabajadores fijos. Es esta la que, por su ambigüedad, pero también por su enorme calado,

está centrando el interés del debate, hasta inquietar al propio Ministerio de Empleo que, espoleado por una fuerte presión sindical y mediática, ya plantea como necesaria una reforma legal que clarifique su alcance, ante el previsible caos judicial que se va a producir de inmediato, por la diversa comprensión de su alcance.

Tan intenso es el efecto combinado de estas tres doctrinas, que hay quien habla ya, en la prensa especializada, de «ensañamiento» jurisprudencial europeo con la contratación temporal española –no solo de naturaleza administrativo-estatutaria

(«[El TJUE se ensaña con la contratación temporal en la administración española](#)»).

Brevemente en este momento –en sucesivos números incluiremos estudios, foros y diálogos sobre esta trascendental cuestión– haré repaso de lo que dicen realmente, a mi juicio, claro, estas doctrinas.

Tan intenso es el efecto que hay quien habla ya, en la prensa especializada, de «ensañamiento» jurisprudencial europeo con la contratación temporal española

3.2. ¿ANTE EL FIN DE UN MAL ENDÉMICO DE LA SANIDAD PÚBLICA ESPAÑOLA? ENCADENAR LOS NOMBRAMIENTOS DE EMPLEO ADMINISTRATIVO TEMPORAL PUEDE SER ABUSIVO

Por lo que hace a la primera, la [STJUE, Sala X, de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, caso *María Elena Pérez v. Servicio Madrileño de Salud*](#), no solo reprocha la precariedad laboral en el sector de la sanidad pública española, sino que crea las bases para fundamentar una obligación legal de crear puestos permanentes en los servicios públicos en este sector –y se entiende que en otros que están aquejados del mismo mal– cuando tienen déficit de carácter estructural. La sentencia ha ameritado gran atención pública, tanto en los medios de comunicación como en las redes sociales, enfatizando el desbordamiento de sus efectos convulsivos más allá del sistema sanitario público español para afectar a todo el conjunto del empleo público temporal funcional: «[La Justicia europea da un \(nuevo\) vuelco al sistema de interinos del sector público](#)».

La STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, caso *María Elena Pérez v. Servicio Madrileño de Salud*, reprocha la precariedad laboral en el sector de la sanidad pública española

Bien sabido es que el nombramiento del personal estatutario temporal es un mal endémico de la sanidad pública española. Aproximadamente una de cada cuatro plazas están ocupadas por personal nombrado con carácter eventual, con una duración media de 5 a 6 años, llegando algunos de ellos a rebasar los 15 años de prestación.

De ahí, la importancia de una decisión judicial como la comentada, por el factor del número potencial de afectados (miles de familias se encuentran en una situación laboral de precariedad, lo que conlleva dificultades para afrontar su proyecto de vida –acceso a una vivienda en

propiedad o la educación para sus hijos–, que, al tiempo, incidirá negativamente en la calidad de un servicio público de base, como es la sanidad). Aunque, como explica el ATJUE de 24 de abril de 2015 (asunto C-16/2015, apdo. 22), este factor no legitima que se recondujera la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado, según prevé el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, sí deja evidencia de la notoriedad y proyección de esta doctrina, que debió fijarse mucho antes. Así lo evidencia la certera crítica que hace el TJUE al juzgador nacional por mantener pendiente desde el mes de septiembre de 2013 la causa, planteando cuestión prejudicial el 16 de enero de 2015.

En su virtud, el encadenamiento de nombramientos administrativos para atender las necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud sería contrario al Derecho de la Unión

En su virtud, ahora también, como en su día la contratación temporal, el uso de «nombramientos de duración determinada sucesivos» –esto es, el encadenamiento de nombramientos administrativos– para atender las necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud sería contrario al Derecho de la Unión. Se reinterpreta, así, el artículo 9 del [Estatuto Marco del Personal de Salud](#). Si este parte, como sus artículos 1 y 2, de preservar de forma clara su especificidad en la materia, la [Directiva 1999/70/CE](#) exige equiparación.

En efecto, partiendo de su doctrina previa –aquí no hay novedad alguna–, según la cual no cabe establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno, en un contexto de datos estadísticos –revela la importancia siempre de la prueba estadística– que evidencia el carácter estructural de esa realidad de desmesurada prestación temporal de servicios, llega a la conclusión de que la normativa europea –cláusula 5, apdo. 1, letra a) del [Acuerdo marco](#)– se opone a una norma nacional como el artículo 9.3 de la [Ley 55/2003](#). ¿Por qué? Porque reconoce tal flexibilidad en el uso de la potestad de nombramientos de duración determinada que en la práctica derivan en ese uso desviado, permitiendo cubrir puestos de trabajo que en realidad deberían estar ocupados por personal estable, en cuanto que resuelven necesidades que «son permanentes y estables». En el caso de autos, la normativa nacional controvertida en el litigio principal *«no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente. Por el contrario, los puestos estructurales creados serán provistos «de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente».*

No entra en la cuestión –se declara manifiestamente incompetente– relativa a la diferencia de regulaciones entre personal laboral temporal y personal estatutario temporal. El principio de no discriminación ha sido aplicado cuando se debaten diferencias de trato entre los trabajadores con contratos temporales y los de contrato indefinido «que se encuentren en situación comparable», mientras que no incluye el de las diferencias entre personal trabajador en razón de su carácter funcional o laboral, y en ambos casos tratándose de situaciones estatutarias o contractuales de duración determinada. Para el TJUE solo sería posible entrar a conocer de un litigio, por ser

de aplicación la cláusula 4 del [Acuerdo marco](#), cuando existiera una diferencia de trato entre personal estatutario con relación de servicios por tiempo indefinido y personal estatutario con nombramiento temporal y que realizaran «un trabajo comparable».

3.3. LA LEGITIMIDAD DE TRANSFORMAR LA RELACIÓN TEMPORAL ESTATUTARIA EN UNA RELACIÓN DE «EMPLEO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO INDEFINIDO NO FIJO»

En los [asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#), que tienen por objeto dos peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 del [TFUE](#), por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante autos de 9 de marzo de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 23 de abril de 2015 (asunto C-184/15) y el 29 de abril de 2015 (asunto C-197/15), se suscitan sendos litigios:

- La señora Martínez Andrés había sido nombrada *personal estatutario temporal eventual en la categoría profesional de auxiliar administrativo para servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria en el Servicio Vasco de Salud* con, nada menos que 13 renovaciones. Ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio».
- Por su parte, el señor Castrejana López había tenido *diferentes tipos de contratos de trabajo como arquitecto, hasta ser nombrado funcionario interino* por el Ayuntamiento de Vitoria siendo objeto de diferentes prórrogas. Mediante Decreto de 10 de diciembre de 2012, se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del señor Castrejana López con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con efectos al 31 de diciembre de 2012, toda vez que el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones.

Ante la petición judicial del TSJPV, que preguntaba al TJUE por la posibilidad de exigir un trato equivalente al personal laboral en situaciones de usos abusivos de la prestación de servicios de duración determinada en el empleo público, recuerda que la cláusula 5 del [Acuerdo marco](#) no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada «corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (sentencias de [7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04](#), apdo. 48, y [7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04](#), apdo. 33). No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el [Acuerdo marco](#), el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, «*con otra medida*

efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada».

Sobre este particular, el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional. Por tanto:

La asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada

«En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco».

Asimismo, el TJUE considera que las normas procesales españolas que exigirían iniciar una nueva acción para determinar la sanción apropiada por los jueces nacionales, cuando estos han declarado la existencia de abuso en la contratación temporal, se oponen al principio de efectividad

«(...) en la medida en que de ellas se derivan para el trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión».

Un nuevo factor de reforma normativa en la jurisdicción contencioso-administrativa, también objeto de constantes cambios.

3.4. LA CONVULSIÓN DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES: ¿HASTA DÓNDE LLEGA EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO TEMPORAL?

Pero es el [asunto C-596/14](#), caso *señora De Diego Porras*, la que está haciendo las delicias de la prensa nacional, de todo signo, del debate político-social, de la acción sindical, y de las dis-

usiones judiciales y de doctrina científica. Difícilmente podía imaginarse la señora De Diego la notoriedad que iba a alcanzar su caso –prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad–. Sin perjuicio de los análisis más detenidos que, como se ha dicho, se harán en próximos

números, incluso con un monográfico de Diálogos que dedicaremos a la aplicación nacional en diciembre, ahora bastará con recordar que, llegado el caso de su extinción al TSJ de Madrid, este decidió acudir a la ciudad de la Justicia socio-laboral de Luxemburgo con la siguiente gran pregunta: «¿es discriminatoria la distinción que el ET establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»».

Pues bien, el Tribunal de Justicia, después de recordar su jurisprudencia sobre el concepto «condiciones de trabajo» recogido en la cláusula 4, apartado 1, del [Acuerdo marco](#), considera que dicho concepto incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabaja-

La cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización a los trabajadores fijos comparables

El asunto C-596/14, caso Sra. De Diego Porras, está haciendo las delicias de la prensa nacional, de todo signo, del debate político-social, de la acción sindical, y de las discusiones judiciales y de doctrina científica

dor como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada. La legislación española niega indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, sin embargo, sí se concede a los trabajadores fijos comparables con el desempeñado por la señora De Diego Porras. De esta forma el TJUE considera que la legislación española es contraria a la cláusula 4 del [Acuerdo marco](#), concluyendo exactamente esto que a continuación reproducimos:

«(...) la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización (...) a los trabajadores fijos comparables. *El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización*».

Pero ¿cuál es esa indemnización mencionada?, ¿la de 20 días del despido objetivo o la de 12 días de la extinción de los contratos temporales? Además, ¿a qué contratos temporales afecta: a todos, solo a los interinos o a todos los temporales con una duración tan dilatada que resulten comparables a un empleo indefinido, como era el caso conocido por el TJUE? Aquí está el núcleo duro del problema y, a día de hoy, hay una extremada polvareda levantada al respecto, una vez que son ya legión las voces, sindicales, doctrinales y judiciales que abogan por una lectura maximalista –todos deben ir a 20 días–⁴, siendo también significativas las voces que defienden la más restrictiva (solo se ven afectados los contratos de interinos y por la indemnización de 12 días, equiparándose la indemnización de ruptura del resto de contratos temporales). También se abre, como era de esperar y es más propio del trabajo del jurista una «tercera vía», una posición más intermedia o ecléctica, pero razonada. Sin embargo, la complejidad es tal que tampoco hay una única posición intermedia. En unos casos se defiende que la indemnización es de 20 días, pero tan solo en aquellos contratos temporales que, al margen de su modalidad, se hayan comportado en la práctica como indefinidos, evidenciando un uso abusivo del empleo temporal. En otros, sin embargo, se entiende que todos los contratos temporales se verían afectados por la necesidad de una indemnización –también los formativos, claro–, exigiendo una indemnización de 12 días, aunque no haya una situación estrictamente comparable con el empleo indefinido, y de 20 días si sí la hay, como sucede en el caso de autos, y como a mí me parecería más razonable.

A día de hoy, nadie tiene certeza alguna de cuál será la tesis triunfante finalmente, y ante el más que probable caos jurídico que se producirá, se abre un inciertísimo panorama jurídico, que solo el legislador puede resolver de forma razonable

Sin embargo, a día de hoy, nadie tiene certeza alguna de cuál será la tesis triunfante finalmente, y ante el más que probable caos jurídico que se producirá, con la petición incluso de aplicaciones retroactivas –desde el 14 de septiembre de 2015–, se abre un inciertísimo panorama jurídico, que solo el legislador, con un pacto adecuado, justo y flexible al tiempo, con los interlocutores sociales, puede resolver de

forma razonable. En otro caso, se disparan hasta el paroxismo las posibilidades, incluida incluso la aparición, por una vía inesperada –la jurisprudencial–, de una suerte de remedo del «contrato único», lo que a mi juicio supone una excesiva, e indebida, exageración, pero que también es una tesis que se abre paso.

En suma, al igual que la Comisión Europea le pone «deberes» al nuevo Gobierno, en su caso, nada agradables, como el recorte de más de 10.000 millones de euros, el TJUE también le pone deberes al nuevo Parlamento, pero de signo contrario, implicando una mayor garantía de estabilidad y, por lo tanto, se entiende que de mayor coste –para el empleador público y para el empleador privado–. Paradójicamente, si la Comisión «amenaza» a España con suspender los

⁴ Vid. http://www.eldiario.es/economia/reconoce-trabajadores-interinos-percibir-indemnizacion_0_560644386.html

Fondos Estructurales si no hay Gobierno de inmediato, el TJUE viene a limitar sus posibilidades de gobierno del mercado de trabajo, exigiendo una regulación más uniforme y «tuitiva», por lo tanto, más cara. Si el TJUE se lavó las manos con el muy polémico contrato de apoyo a emprendedores, ahora ha decidido intervenir de pleno en el debate español sobre la política de mercado de trabajo. Su impacto es mayor, sin duda, que las «recomendaciones» realizadas a España por la Comisión para 2016 y 2017 y que no son sino una repetición, en lo sustancial, de las precedentes ([Recomendación del Consejo de 12 de julio «relativa al Programa Nacional de Reformas de 2016 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2016 de España»](#)), idéntico al presentado por la [Comisión Europea el 18 de mayo](#), y que se mueven en la línea de las precedentes –2014 y 2015–, publicada en el DOUE (C272) de 18 de agosto de 2016. Este documento deriva de lo dispuesto en el artículo 121.2 del [TFUE](#).

La Comisión manifiesta su preocupación por la concentración del empleo creado en contratos de duración determinada. Por eso reclama medidas que permitan un crecimiento del empleo estable

Destaco ahora, por su conexión con el tema central aquí comentado, cómo, de nuevo, la Comisión manifiesta su preocupación por la concentración del empleo creado en contratos de duración determinada. Por eso reclama medidas que permitan un crecimiento del empleo estable y la existencia de menos empleo precario, con intensificación

de los esfuerzos para luchar contra el trabajo no declarado. De ahí, la persistente insistencia en políticas de mercado de trabajo que concilien seguridad y flexibilidad, aunque no diga exactamente cómo. En todo caso, parece evidente la necesidad de seguir muy atentos las vicisitudes nacionales de esta conmovedora –en el doble sentido: de generar una emoción tan intensa (incluso amorosa) que mueve a llanto, de felicidad, por su sentido protector; y de causar una extrema impresión en los operadores jurídicos del sistema de relaciones laborales, no solo español– jurisprudencia comunitaria por su extraordinaria trascendencia, teórica y práctica, que seguro alimentará una infinidad de pleitos. Iremos haciendo el seguimiento.

4. EL TRIBUNAL SUPREMO SE SUMA A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA: DOS EXPERIENCIAS RECIENTES

4.1. EL TRIBUNAL SUPREMO ALIMENTA LA «BURBUJA ESPAÑOLA DEL EMPRENDIMIENTO»: EL TRABAJADOR AUTÓNOMO SOCIETARIO TIENE DERECHO A LA CAPITALIZACIÓN DE SU PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Precisamente, la posición de la Comisión Europea, reflejada expresamente en los documentos con los que fundamenta la Recomendación referida, hace igual hincapié, junto a la deriva negativa de la contratación temporal, y el elevado nivel de desigualdad, que aumentó durante la

crisis, también por las políticas que se llevaron a cabo para corregirla, al impacto disfuncional de los incentivos –las bonificaciones y reducciones en materia de Seguridad Social– existentes en España para el fomento del empleo –y del autoempleo–. A tal fin, considera que es muy poco claro respecto a su resultado positivo, en especial para el empleo indefinido, y, confirmando otros estudios realizados, se pone de manifiesto que *«los costes asociados a estas medidas en términos de ingresos de la Seguridad Social pueden no quedar compensados por los mayores niveles de empleo»*. Consecuentemente, aquí se avista un espacio determinante de reforma legislativa, en especial en el reabierto debate sobre la insuficiencia de financiación de las pensiones.

Pues bien, el Tribunal Supremo español también ha querido mediar en el debate sobre esta cuestión, contribuyendo a la aquí expuesta imagen de creciente activismo jurisprudencial, quizás como compensación –inapropiada– a la excesiva pasividad gubernamental y, por lo tanto, legislativa, que serían los principalmente llamados a la regulación jurídico-laboral, junto con los interlocutores sociales. Para no ser demasiados extensos y tediosos, solo traeremos a colación un caso que nos resulta especialmente relevante en el actual panorama del mercado de trabajo español y de sus –obsoletas– políticas de fomento de autoempleo.

En efecto, es también sabido, aunque las políticas oficiales del Gobierno lo oculten, e incluso actúen de espaldas al problema, alimentándolo sin tregua y sin límite, hasta ahora, que en nuestro país vivimos desde hace varios años una auténtica «burbuja del emprendimiento». El favor con que cuenta esta forma de empleo-trabajo no se sigue de la realidad de un mayor dinamismo económico, en la medida en que el trabajo autónomo y la actividad emprendedora evidencia una extraordinaria creciente mortalidad, de modo que tal como entran miles y miles de personas en el mercado como «auto-empleados» y «auto-empleadores» salen, poco tiempo después, del mismo. Eso sí, mientras, el Estado se ha dejado en el camino muchos millones de euros, que debilitan, además, las arcas de la Seguridad Social. Pues bien, lejos de racionalizar esa política, la [STS, Sala 4.ª, 543/2016, de 21 de junio](#), ha querido alimentarla también. Así, en ella se reconoce el beneficio de la capitalización de la prestación contributiva por desempleo también a las personas que constituyan sociedades mercantiles cuando su posición jurídica en esa sociedad determine su obligatoria afiliación al RETA, su prestación personal dentro de la sociedad sea efectiva, mantenga el control efectivo de la sociedad –suscribió el 100% de las acciones– y no haya indicio de fraude. Y ello pese a reconocer que:

La STS, Sala 4.ª, 543/2016, de 21 de junio, reconoce el beneficio de la capitalización de la prestación contributiva por desempleo también a las personas que constituyan sociedades mercantiles

«En efecto, la DT 4.ª de la Ley 45/2002 (...) solo señala como supuestos societarios a las cooperativas y las sociedades laborales».

Sin embargo, no solo esa disposición legal no «excluye de manera expresa ningún otro» supuesto de carácter societario, sino que tanto el artículo 1.2 c) de la [LET](#) como la disposición adicional vigésima séptima de la [LGSS/1994](#) (normas todas ellas aplicables al caso por obvias

razones temporales, pues el nuevo [TRLGSS/2015 –art. 305.1–](#) aún no había entrado entonces en vigor...) permiten entender que, cuando concurren las circunstancias fácticas y jurídicas que conducen al encuadramiento obligatorio en el RETA de ciertas personas, estas «individualmente consideradas, siempre que la sociedad de capital lleve realmente a cabo la actividad que constituye su objeto, reúnen la cualidad de trabajadores autónomos, también a los efectos de la prestación aquí debatida» (FJ 2.º, punto 2, *in fine*). A esa conclusión inclusiva llevaría tanto la política jurisprudencial del Derecho del Empleo, favorable, «desde la perspectiva finalista del estímulo al autoempleo», a esta solución en casos análogos (SSTS, Sala 4.ª, de [11 de julio de 2005](#), [RCUD 2317/2005](#), [15 de octubre de 2009](#), [RCUD 3279/2008](#) y [29 de septiembre de 2011](#), [RCUD 4213/2010](#), entre otros), como la propia razón de ser del [Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio](#), de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, pese a que no se refiera a las sociedades de capital como formas de autoempleo: «*resulta perfectamente congruente su equiparación con aquellos (...) porque sin duda contribuye a lograr la misma finalidad: el autoempleo*».

Ahora bien, aquí viene el problema. A mi juicio, la sala confunde lo que es razonable, e incluso coherente, con lo que es legalmente exigible. No toda solución razonable es la exigible legalmente, porque el legislador ha querido otra para ese tiempo,

que no era contraria a Derecho. Cosa distinta es que, más recientemente, sí haya reformado la legislación para ir en esa senda de promoción sin fin del emprendimiento, incluso el autoempleo societario de pura naturaleza mercantil, no de economía social. Ciertamente, de todos es conocido que las reformas promovidas por las [Leyes 31/2015](#), que modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y economía social (nuevo art. 10 [Ley 5/2011](#)), y [44/2015, de 14 de octubre](#), de Sociedades Laborales y Participadas, confortan esta doctrina jurisprudencial.

En este sentido, la [Ley 31/2015](#) modificó la [Ley 20/2007, de 11 de julio](#), del Estatuto del trabajo autónomo, incorporándole un nuevo capítulo II en el título V («Incentivos y medidas de fomento y promoción del Trabajo Autónomo»). El nuevo artículo 34, que regula la capitalización de las prestaciones por desempleo, dispone que se podrá abonar a los beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo hasta el 100% del valor actual del importe de dicha prestación bien cuando pretendan constituirse como trabajadores autónomos bien cuando «capitalicen la prestación para destinar hasta el 100% de su importe a realizar una aportación *al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que vayan a poseer el control efectivo de la misma (...)* y a ejercer en ella una actividad profesional, encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o (...) de los Trabajadores del Mar».

El artículo 34 obedece expresamente a la voluntad legislativa de extender la opción de capitalizar hasta el 100% de la prestación por desempleo, sin límite de edad, también a los que quieran hacer una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución de la que

A mi juicio, la sala confunde lo que es razonable, e incluso coherente, con lo que es legalmente exigible

tengan el control efectivo. De esta forma, se atiende a las circunstancias actuales, en las que se ha reforzado el apoyo al emprendimiento, independientemente no solo de la edad o el género de los emprendedores, sino también de la naturaleza de la sociedad a través de la cual formalice su proyecto emprendedor, siempre y cuando, claro está –reconocerá de manera expresa el Gobierno en la Memoria Economía que acompañó esta reforma legal–, ni se utilice el beneficio como forma de recapitalización de sociedades mercantiles ni como forma de «pago» de la contratación por cuenta ajena por el trabajador que carece del control de la sociedad. De ahí que, junto a otras restricciones, como el límite de 18 meses de tiempo mínimo que debía permanecer un trabajador beneficiario de esta medida en una sociedad, se hiciese necesaria una reforma legislativa.

Ahora bien, una vez más, una cosa es lo que quiere el legislador en un determinado momento por razones de política del Derecho (de fomento) del Empleo (aquí autoempleo), y otra lo que puede imponer la política jurisprudencial del Derecho, anticipando la vigencia de una norma que, sin duda, existe no para cubrir una laguna, inexistente, sino para progresar en la construcción de esta política, de ahí que sea por vía interpretativa esta ampliación, como bien ha recogido la información mediática económica especializada –«[El Supremo amplía el cobro único del paro en autónomos](#)»–. Realiza una interpretación integradora de la normativa laboral de fomento de empleo y de la de Seguridad Social que, a mi juicio, supone una clara contravención –o, si se quiere, corrección– de la voluntad legislativa que reguló la posibilidad de acceder como trabajador autónomo, con un proyecto emprendedor, a la capitalización de la prestación, cuyos designios era limitarlo bien al trabajador autónomo persona física bien al trabajador autónomo persona colectiva de economía social (autoempleo colectivo social).

4.2. EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS SALARIOS DE TRÁMITE A LOS DESPIDOS IMPROCEDENTES CON IMPOSIBILIDAD DE READMISIÓN: VELADO, PERO NUEVO, DESAFÍO A LA REFORMA

Archiconocido es que la institución de los «salarios de tramitación», polémicos siempre en su conformación jurídica, experimentó profundos recortes con la reforma laboral, pues tan solo procederían para los casos en los que hubiese «readmisión» del trabajador, bien por no haber posibilidad de opción empresarial –nulidad del despido– bien por haber optado por aquella en vez de por la indemnización –despido improcedente–. Así aparece tanto en la ley sustantiva –arts. 55.6 y 56.2 ET– como en la ley procesal –arts. 110, 279 y 284 LRJS–. Pese a los muy diversos intentos de cuestionar judicialmente tal reforma de recorte o devaluación de derechos, a favor de una mayor flexibilidad en la gestión extintiva de los contratos de trabajo, todos resultaron fallidos, por el aval constitucional pleno. Evidentemente, esta reforma tenía efectos no solo en las relaciones entre particulares, sino también en las relaciones de responsabilidad pública, en la medida en que, reducidos los supuestos de procedencia de los citados salarios de trámite, reducida al tiempo la responsabilidad del FOGASA ante la declaración de insolvencia del empleador, ya que estos salarios se entienden asimilables a retribuciones (de acuerdo con la [STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/00, caso Rodríguez Caballero](#)), como gusta ahora recordar al Tribunal Supre-

mo (STS, Sala 4.^a, de 16 de abril de 2013, RCU 2126/2012). En suma, a la mayor flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales se sumaba menor gasto público, en aras de las políticas de austeridad, tan practicadas, pese a su nocividad social, en estos años.

Pues bien, también en pleno periodo de estío, la Sala Social del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de mediar en este aspecto, extendiendo, sin duda más allá de lo querido por el legislador, el derecho al percibo de salarios de tramitación. Así sucedería en situaciones de despido improcedente sin readmisión posible por causas no imputables al trabajador, si se dan, eso sí, determinados requisitos. En esta dirección, hemos de destacar la muy importante STS, Sala 4.^a, 706/2016, de 21 de julio, RCU 879/2015, que ha aprovechado una lectura finalista de los preceptos procesales (cuyo origen está en una reforma de otro tiempo, de sentido tuitivo o garantista) para integrar expansivamente los preceptos sustantivos (obedientes a una época de recortes).

Esta sentencia fija la doctrina, mediando en el debate contradictorio mantenido al respecto por las diversas secciones de una Sala de lo Social del mismo Tribunal Superior de Justicia –el gallego–, según la cual, cuando la readmisión deviene imposible por causa, material o legal, no debida al trabajador –en el caso el cierre del centro de trabajo–, acreditada en juicio, y el trabajador ha pedido la extinción contractual por tal causa ya desde la demanda, procede el pago de salarios de tramitación. El Tribunal Supremo es también aquí consciente –como en el caso anterior, el de la capitalización de las prestaciones por desempleo– de que una interpretación «estricta y literal» del artículo 110.1 b) de la LRJS, en la redacción dada por la Ley 3/2012, podría excluir el derecho en casos como el enjuiciado, pues no hay referencia alguna a los mismos, por la voluntad clara de reducir el abono de los salarios de tramitación a supuesto único –cuando la empresa tome la opción por la readmisión o esta venga impuesta directamente por la ley (despido nulo)–. Pero el Derecho no puede confundirse con la Ley, viene a decir el Tribunal Supremo por enésima vez, menos con su interpretación literal. Al contrario, ha de primar una dimensión dinámica, finalista y, en todo caso, sistemática, que atienda al conjunto de normas, valores, principios y derechos del entero sistema u orden jurídico.

Cuando la readmisión deviene imposible por causa, material o legal, no debida al trabajador, acreditada en juicio, y el trabajador ha pedido la extinción contractual por tal causa ya desde la demanda, procede el pago de salarios de tramitación

Por eso, dos serían básicamente las razones para esa conclusión de alcance expansivo del Derecho. En primer lugar, una cierta preferencia de la norma procesal sobre la sustantiva, como se decía, pues el orden normativo de referencia en el cual se inserta ese artículo no es tanto el vinculado a los efectos sustantivos del despido disciplinario, esto es, el artículo 56 del ET, como el vinculado a los efectos procesales del despido disciplinario, esto es, los artículos 279 y 284 de la LRJS, que conducen inexorablemente a la condena de los salarios devengados hasta la fecha del dictado del auto extintivo de la relación laboral. En segundo lugar, en un plano de clara política jurisprudencial del Derecho procesal, si bien envuelto en el expediente técnico de la célebre

interpretación finalista –en este caso del art. 110.1 b) LRJS–, porque si esa norma se introdujo legalizando un uso forense sustentando en argumentos de economía procesal y de practicidad, esas finalidades quedarían totalmente desvirtuadas si se interpretase que, con su aplicación, se perderían los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia de improcedencia, que, sin embargo, no se perderían si no se solicita su aplicación, pues, al estar desaparecida la empresa no podría optar por readmitir, con aplicación de los artículos 279 y 284 de la LRJS. En otro caso, se penalizaría la aplicación del artículo 110.1 b) de la LRJS en contra de la finalidad práctica de la norma. En definitiva, una vez más, hay que ir más allá del tenor literal, atendiendo al juego necesario de los principios jurídicos –aquí el de economía procesal– y de los derechos fundamentales –la tutela judicial efectiva–, con lo que predomina una lectura integradora –y garantista– del ordenamiento.

Para el Tribunal Supremo debe primar –a mi juicio, en este caso, con toda razón– la razón práctica sobre la razón formal

Esta orientación de política del Derecho es clara. Para el Tribunal Supremo debe primar –a mi juicio, en este caso, con toda razón– la razón práctica sobre la razón formal, evitando contraproducentes situaciones de perjuicio para el trabajador, pues negar el cobro de este tipo de salarios tan

solo «... obligaría, de hecho, a todo trabajador despedido de forma improcedente y con la empresa cerrada, a no pedir la extinción contractual al momento de la sentencia, a no anticipar la solución del conflicto y esperar a la ejecución ordinaria, previsiblemente con readmisión implícita por falta de opción empresarial, y por tanto con devengo de salarios de tramitación, a costa de una mayor dilación procesal y de un mayor esfuerzo y saturación de la administración de justicia, innecesarios para prestar la tutela efectiva».

De paso, pues, los tribunales se «auto-tutelan» frente a la creciente judicialización de las relaciones laborales y, por tanto, de la saturación del servicio administración de justicia. Un enfoque de auto-protección, también de favor hacia el finalismo interpretativo como principal vía para integrar las lagunas –y corregir las contradicciones– del sistema vigente, que hallamos igualmente en la STS, Sala 4.ª, 676/2016, de 19 de julio, RCU 338/2015. Esta sentencia, dictada dos días antes que la anterior comentada, si bien respecto de un supuesto parcialmente diferente, llega a equivalente solución, reconociendo el derecho al abono de estos salarios para casos en los que no hay posibilidad de readmisión y condenando al FOGASA a asumir su responsabilidad a tal fin. Como «recapitula» esta sentencia, si bien es cierto que del artículo 110.1 de la LRJS no se deriva la obligación de abonar salarios de tramitación cuando el despido improcedente ha llevado a una indemnización, no por ello hay que descartar que sí procede tal pago cuando así pueda sostenerse «a partir de la aplicación analógica de lo previsto en otros preceptos sobre opción tácita de la empresa por la readmisión (art. 56.3 ET) y ejecución de sentencia por despido improcedente cuando no se produce la readmisión (art. 286 LRJS)» (FJ 4.º, punto 3). En consecuencia, como la primera sentencia referida al respecto, también esta concluye dando la primacía a razones de utilidad procesal y reducción del trabajo forense, en la medida en que otro entendimiento sería abiertamente insatisfactorio y «disfuncional, pues parecería que se incentiva la prolongación del procedimiento...».

5. LA PERSISTENTE Y RENOVADA REACCIÓN CONVENCIONAL CONTRA LA REFORMA LABORAL: LA PUGNA POR EL NUEVO CONVENIO ESTATAL DEL METAL

Si un instrumento puede hacer realmente creíble el objetivo de la conciliación de la seguridad en el empleo y la flexibilidad de gestión es la autonomía colectiva

Una dilación de tiempos que, a lo que parece, sí sirve, en ocasiones, al Gobierno para obtener sus pretensiones, al menos frente a las iniciativas convencionales de organizaciones empresariales y sindicales orientadas a reducir la eficacia de la reforma laboral, en especial a través de regulaciones colectivas orientadas a neutralizar

algunos de los efectos de impacto mayor en la fijación de los salarios. Si un instrumento puede hacer realmente creíble el objetivo de la conciliación de la seguridad en el empleo y la flexibilidad de gestión empresarial es, precisamente, la autonomía colectiva y sus productos reguladores. No sorprende, pues, que, también tomando como referencia la referida posición comunitaria sobre el programa de reformas españolas para mejorar el crecimiento económico y el mercado de trabajo, la Comisión haya valorado positivamente, a tal fin conciliador de «flexi-seguridad», el [Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015- 2017](#), ya que tras la reforma laboral operada en 2012 el AENC «*promueve la coordinación de la negociación descentralizada, ofreciendo orientaciones para el nivel intersectorial, pero flexibilidad para el nivel de empresa*». Pues bien, en el marco de la acción de la otra gran fuente del Derecho Vivo del Trabajo, la autonomía colectiva, merece una especial mención la profunda novedad que supuso, o mejor, pretendió suponer, el *Convenio Colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal* ([Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de la Comisión Negociadora del citado convenio colectivo](#); BOE de 11 de agosto). Al margen de lo ambicioso de sus novedosos contenidos, llama la atención mucho no ya el cambio de denominación, muy sonora y gráfica, sino el retraso con que se ha procedido a su publicación y, sobre todo, los importantísimos cambios entre la versión original.

¿Qué pretendía el convenio?

- a) Blindar la negociación colectiva provincial (ejemplos arts. 5, 94 y 95 versión inicial). El sector del metal es muy heterogéneo y está compuesto por muchas pequeñas empresas, incluso microempresas, para las que los convenios provinciales serían imprescindibles para regular sus condiciones laborales.
- b) Introducir la ultraactividad en todos los convenios de ámbito inferior, salvo pacto en contrario –solo afecta a tres convenios: el de Huesca limita la ultraactividad a 24 meses, 2 años en el caso del de Cuenca y 4 en Navarra–.
- c) Establecer como salario mínimo sectorial el fijado por cada convenio provincial para su ámbito. Por lo tanto, si decayera algún convenio provincial, mantendrían su salario al estar recogido en el convenio de ámbito superior.

- d) Incluir en el ámbito funcional límites a la proliferación de convenios de empresas multiservicios (art. 2).
- e) Ampliar las competencias de la comisión paritaria para que la negociación colectiva resulte más viva y dinámica. Así, entre otras competencias, tendrá capacidad de citar a las partes e intervenir en aquellos convenios de ámbito provincial que, transcurrido un año desde la denuncia, no hayan llegado a un acuerdo (art. 60.4).

Pues bien, los sindicatos airearon airadamente –permítaseme el juego de palabras– las discrepancias con la autoridad laboral que, celosa en extremo de su papel de defensora de la legalidad de la reforma laboral, exigió cambios importantes de adecuación como condición para que viera la luz oficialmente. Al margen de la crítica por diferencia notable de celo entre su papel de control de legalidad del más de un centenar de convenios colectivos de empresas multiservicios publicados y que, en su mayoría, han venido siendo ilegalizados por la acción del sindicato ante los tribunales, sobre todo en la Audiencia Nacional, y el mantenido para los convenios estatales que tratan de racionalizar no solo la estructura negociadora del sector sino dar la mayor cobertura posible a empresas y trabajadores, así como evitar la competencia desleal, los cambios más relevantes urgidos –«*Empleo obliga a cambiar el convenio del sector del metal*», rezan los titulares al respecto, aguando en cierto modo la fiesta de los sujetos negociadores, que celebraban los más de 20 años que les costó cerrar un convenio estatal del sector y que fue el motivo de que su ratificación se convirtiera en algo que celebrar– han sido:

«Empleo obliga a cambiar el convenio del sector del metal», aguando en cierto modo la fiesta de los sujetos negociadores

«*Empleo obliga a cambiar el convenio del sector del metal*», rezan los titulares al respecto, aguando en cierto modo la fiesta de los sujetos negociadores, que celebraban los más de 20 años que les costó cerrar un convenio estatal del sector y que fue el motivo de que su ratificación se convirtiera en algo que celebrar– han sido:

- a) La normativa aplicable en materia de salario mínimo –art. 94 del convenio–, que ha dejado de ser el propio del sector provincial al que se llamaba, para abrirse al de empresa *ex artículo 84.2 del ET*, perdiendo aquel el blindaje pretendido.
- b) Las reglas sobre prioridad de aplicación de determinada unidad negociadora, que buscaba reforzar el convenio sectorial estatal –se elimina la disp. trans. quinta de la versión original, que obligaba a adecuar los inferiores al estatal, para unas materias no previstas en la ley; se invoca la *STS de 26 de marzo de 2014 (rec. núm. 129/2013)*, que anuló una disposición similar en el convenio del sector de derivados del cemento–.
- c) Aquellas referentes a la ultraactividad de los convenios provinciales. Llama mucho la atención esto último. El artículo 5 establecía que:

«El presente convenio (...) entrará en vigor el día 1 de enero de 2013, manteniendo su vigencia hasta el 31.XII.2016, fecha a partir de la cual quedará denunciado automáticamente.

Una vez finalizada la vigencia anteriormente indicada, y al objeto de evitar el vacío normativo durante el proceso de negociación, continuará vigente el presente Acuerdo hasta que sea sustituido por otro.

Con independencia de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cualquiera de las partes legitimadas para negociar este Acuerdo (...), podrán proponer durante la vigencia del mismo su revisión y/o la negociación de nuevas materias (...).

Transcurrido un año desde la denuncia de un convenio colectivo sectorial provincial sin que se hubiera acordado uno nuevo, o dictado un laudo arbitral, aquel perderá vigencia, siendo de aplicación en este caso el presente convenio colectivo estatal en las materias en él reguladas. En lo no regulado, los convenios de ámbito inferior que finalicen su vigencia, salvo pacto en contrario, mantendrán la totalidad del articulado hasta que sean sustituidos por un nuevo convenio».

El nuevo artículo 5 establece: «Con el objetivo de preservar la vigencia de los convenios colectivos sectoriales provinciales, y reducir al máximo los bloqueos en su negociación, se insta a las partes negociadoras de estos al cumplimiento de las siguientes medidas recogidas en el III AENC». En suma, se llama ahora a los procedimientos basados en la buena fe y en la solución extrajudicial de conflictos, lo que evidencia una devaluación hasta la ineficacia de la pretensión inicial de blindaje. Otro ejemplo relevante al respecto puede verse en el referido artículo 95 –Inaplicación–. El originario tenía el siguiente texto:

«La inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en este convenio colectivo se efectuará en los términos establecidos en cada uno de los respectivos convenios colectivos provinciales del Sector del Metal».

El nuevo texto tiene el siguiente redactado:

«Las partes legitimadas conforme a lo previsto en el Artículo 87.1. ET, podrán proceder previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del Artículo 41.4 ET a inaplicar las condiciones de trabajo previstas en este Convenio Colectivo en las materias y forma establecida en el Artículo 82.3 de dicho texto legal.

El procedimiento específico para la inaplicación de las condiciones previstas en el presente Convenio Colectivo y para la resolución de conflictos será el siguiente: (...)».

En suma, en esta lucha entre fuentes –entre poderes reguladores–, queda claro quién ha ganado y quién ha perdido. Además, la centralidad de esta cuestión de la pugna político-jurídica ha llevado a dejar en un segundo plano cuestiones de fondo de gran calado del nuevo convenio, como la promoción de un régimen más exigente de igualdad de trato o la tarjeta profesional para el sector, así como la mejora en la formación preventiva...

En esta lucha entre fuentes –entre poderes reguladores–, queda claro quién ha ganado y quién ha perdido

En definitiva, parece que también los interlocutores sociales tendrán que aguzar su ingenio para caminar en una senda que facilite una verdadera actualización de reglas que combinen, de una forma efectiva, no solo nominal, seguridad en el empleo y flexibilidad de gestión. Ambos son valores imprescindibles en un mercado de trabajo moderno y un sistema de economía de mercado realmente dinámico y socialmente justo, así como sostenible. Sin sostenibilidad social no hay crecimiento económico, ni sólido ni decente. El próximo Gobierno, cuando lo haya, que lo habrá y, de forma paralela, el nuevo Parlamento realmente activo, cuando sea tal, deberán dirigir sus afanes en esa senda, evitando las irracionalidades y los extremismos, de un signo ideológico y de otro. Se lo iremos contando.