

# LOS SUCESIVOS INTENTOS DE ATAJAR LA PRECARIEDAD DEL MERCADO DE TRABAJO: POSIBLES SOLUCIONES DEFINITIVAS

**DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ**

*Profesor Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València*

## **Extracto:**

**L**AS medidas adoptadas desde hace años para corregir la precariedad y segmentación del mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, generándose un nuevo dualismo entre contratos indefinidos de «corta» y de «larga» duración. Además, no se ha logrado en los últimos años que las empresas utilizaran el contrato de fomento de la contratación indefinida, lo que demuestra que este contrato no elimina la temporalidad, sino que, a lo sumo, sirve solo para canalizar una parte de ella. El artículo analiza de forma crítica el nuevo contrato para emprendedores, como nueva solución al dualismo, y propone medidas efectivas para la racionalización de la contratación temporal, desincentivando su uso injustificado y fraudulento, para que, con verdadera voluntad, de una vez por todas, se ataje el problema de la precarización.

**Palabras clave:** fomento de la contratación indefinida, temporalidad, contratos temporales, precariedad laboral y contratación temporal fraudulenta.

# THE SUCCESSIONS ATTEMPTS TO PUT AN END TO THE PRECARIOUSNESS OF THE LABOUR MARKET: POSSIBLE DEFINITIVE SOLUTIONS

**DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ**

*Profesor Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universitat de València*

## **Abstract:**

**T**HE measures adopted over the years in order to correct the precariousness and segmentation of the labour market, specially the promotion of indefinite labour contracts, based on the reduction of employers social contributions, have results ineffective, well when the bonuses finish, on the whole, the companies put an end to formally indefinite labour contracts, which takes to the creation of long and short indefinite contracts, generating a new dualism. In the last few years we have been unable to promote the use of indefinite contracts amongst the companies, which demonstrates that these contracts do not eliminate temporality, at the most they canalize part of it. The paper analyses in a critical manner the new contract for entrepreneurs, as a new solution to dualism and proposes effective measures to rationalize temporary contracts, to discourage their fraudulent and unjustified use, so that with a real will we may once and for all end the problem of precariousness.

**Keywords:** promotion of indefinite contracts, temporality, temporary contracts, precariousness and fraudulent temporary contracts.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. Fomento de la contratación indefinida.
  - 1. Contrato para emprendedores.
- III. La contratación temporal abusiva.
  - 1. Causas.
  - 2. Soluciones propuestas.

## I. INTRODUCCIÓN

La actual reforma, al igual que las anteriores, se encuentra ante una grave situación de paro generada por la extinción de numerosos contratos temporales y por el recurso al despido sea por causas económicas, sea disciplinario<sup>1</sup> como forma de ajuste de empleo. La contratación temporal, como herramienta que se ha venido utilizando desde la reforma de 1984 (contrato temporal de fomento del empleo) y la «cultura de la temporalidad» generada como forma flexible de contratación, y en especial de extinción de los contratos, han ido poco a poco reconduciéndose en sucesivas reformas, eliminando algunas modalidades y fijando ciertos límites en cuanto a la duración de algunos contratos cuando se produjera el encadenamiento, de acuerdo con la Directiva Comunitaria 1999/70.

A partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, a pesar de mantenerse formalmente la preferencia por el empleo estable o los contratos indefinidos, se introduce una variedad excesiva de modalidades de contratación temporal, hasta el punto de ser calificada como una de las normativas más abiertas e incluso desreguladoras de las de Europa occidental.<sup>2</sup> Lo que da lugar a hablar de una contratación a la carta,<sup>3</sup> llegando algunos autores incluso a dudar de la exigencia de la causalidad como requisito de la contratación temporal.<sup>4</sup> De otra parte, el elevado índice de temporalidad también en buena medida es debido a una alta tasa de fraude en la contratación temporal, estimándose que alrededor del 50 por 100 de los contratos temporales se celebran en fraude de ley. Las ventajas de la contratación temporal son tales que, incluso aunque se considerase luego en algunos casos como fraudulenta, sus costes de extinción no serían sensiblemente superiores a la extinción de contratos indefinidos.

Es fácilmente observable que la contratación temporal, en nuestro ordenamiento, pasa de ser algo excepcional y coyuntural a adquirir carta de naturaleza en un espacio muy corto de tiempo.<sup>5</sup> Las razones esgrimidas para la apertura generalizada de la temporalidad fueron, en un principio, fundamentalmente de corte económico, precisamente debido a la época de crisis que se pasaba. Así, se argumentaba que era excesivamente oneroso para los empresarios el mantenimiento del principio de estabilidad en el empleo en un ciclo de crecimiento económico negativo, como el que se estaba

<sup>1</sup> AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El denominado "despido improcedente" como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica y límites», *RDS*, n.º 48/2009, págs. 39-83 y DESDENTADO BONETE, A.: «Dos ideas sobre el despido», *La Ley*, n.º 7338 /2010.

<sup>2</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Guía de la contratación temporal», *Actualidad Laboral*, n.º 1, 1985.

<sup>3</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España», *RL*, tomo I, 1989, pág. 77.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.C.: «Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, n.º 13, 1993, pág. 4.

<sup>5</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Los nuevos contratos temporales o la magia social de las leyes pactadas», *Actualidad Laboral*, 1997.

viviendo.<sup>6</sup> Sin embargo, estos argumentos económicos, de forma progresiva, pasaron a adoptar carices tecnológicos, debido al desarrollo y la incorporación de nuevas tecnologías que invadían el mercado de trabajo y que, en opinión de algunos autores, llevaban al uso abundante de formas precarias de trabajo,<sup>7</sup> y a convertirse en la forma habitual y ordinaria de contratación laboral.<sup>8</sup>

En cualquier caso, pronto quedó patente que la excesiva temporalidad introducida en el mercado laboral no estaba produciendo los frutos esperados.<sup>9</sup> El ligero aumento experimentado en la recuperación del empleo más bien respondía a tendencias cíclicas<sup>10</sup> y en cualquier caso, de no ser así, hubiera sido de todos modos a costa de un precio demasiado alto, una excesiva precarización del mercado de trabajo, sin resolver en absoluto el verdadero problema del paro que se había convertido ya en estructural.<sup>11</sup> En efecto, el uso empresarial del amplio abanico de modalidades contractuales legalmente consagradas no tendía, como era su finalidad, hacia la creación o al menos el reparto del empleo, sino más bien hacia la sustitución de los trabajadores fijos de plantilla por trabajadores temporales.<sup>12</sup> De tal manera que lo que en realidad eran actividades normales y permanentes de las empresas, se cubrían, en gran medida y de forma habitual, por trabajadores con contratos temporales.

La anterior circunstancia ha llevado a que algunos autores hayan apuntado hacia un notable e incluso insalvable proceso de fragmentación del ordenamiento laboral.<sup>13</sup> Así, hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida, todavía hoy, al menos formalmente, considerada como típica. Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales, sin tener que conformarse con una mera compensación económica de las mismas. Por no mencionar las excesivas dificultades que experimenta el colectivo de trabajadores precarios para poder acceder a una protección social digna.

De tal forma que, en consecuencia, se crea un binomio que prácticamente coloca una espada de Damocles sobre las cabezas de estos trabajadores, que les impide de facto reivindicar derechos legítimos, por temor a represalias empresariales. Así, como se ha puesto de manifiesto<sup>14</sup> «la temporalidad drena la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita al sindicato».

<sup>6</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo. La crisis económica», *RPS*, n.º 143, 1984, págs. 16 y ss.

<sup>7</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 36.

<sup>8</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Modalidades de contratación temporal y reforma del mercado de trabajo», en AA.VV., (dir. MONEREO, PÉREZ, J. L.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y la salud laboral*, Granada: Universidad de Granada, 1996.

<sup>9</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Contratación temporal: de la flexibilidad a la estabilidad», *Materiales sobre las reformas laborales de 1997*, pág. 9.

<sup>10</sup> GARCÍA NINET, J.I.: «Política de empleo y desempleo», *Tribuna Social*, n.º 32-33, 1993, pág. 7.

<sup>11</sup> TOHARIA, L.: «El mercado de trabajo español: evolución y perspectivas», en *Madrid: Debates sobre el empleo en España*, 1992, pág. 195.

<sup>12</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Un compañero de viaje...», *op. cit.*, pág. 16.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Ordenación y flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 3.

<sup>14</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1989, pág. 255.

Además, se normaliza esta situación y se habla de la costumbre de la precariedad,<sup>15</sup> no solo en el empresario, como sería evidente, sino también en el propio trabajador, que se habitúa a una rotación excesiva, interioriza la temporalidad como algo «natural», alternando periodos de trabajo con periodos de desempleo. Los efectos negativos de una excesiva precarización no solo perjudican, sin embargo, a los trabajadores, sino también a los propios empresarios.<sup>16</sup> En efecto, las altas tasas de rotación de trabajadores provocan una falta de profesionalidad y de mano de obra especializada, lo cual impide la identificación del trabajador con la propia empresa, desincentivando su interés en la marcha de la misma. Pero también se perjudica el sistema de protección social. El alto índice de rotación injustificado de los trabajadores, por un lado, produce efectos negativos en el propio equilibrio financiero de la prestación por desempleo<sup>17</sup> y, por otro, incrementa el gasto en prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, provocado por el aumento en las cotas de siniestralidad laboral.<sup>18</sup>

Pero la excesiva flexibilidad en la entrada ni siquiera ha servido para corregir el paro estructural, consagrado en el mercado laboral y que incluso ha demostrado tendencias alcistas en las épocas de mayor número de contratos temporales. De esta manera, solo ha conseguido extender la cultura de la precarización laboral, facilitada por la diversidad de contratos y los contornos a veces difusos entre unos y otros, así como la excesiva permisividad de la jurisprudencia en la utilización de ciertas modalidades, como el de obra y servicio, todo lo cual hace extraordinariamente difícil la aplicación del fraude de ley.<sup>19</sup>

En efecto, pues, pese a la eliminación de ciertas modalidades contractuales temporales, como el de lanzamiento de nueva actividad,<sup>20</sup> y las restricciones introducidas en la contratación temporal coyuntural, que queda únicamente para trabajadores discapacitados, con el objetivo de recuperar el principio de causalidad en la contratación temporal, lo cierto es que la incidencia en la reducción de la temporalidad ha brillado por su ausencia, siendo incapaz de situarla por debajo del 30 por 100 antes de 2008.

Según el documento del Gobierno de febrero de 2010 «la dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo». Además la contratación temporal, como ya señalaba el Informe de la Comisión de expertos de la reforma laboral de 2006, desde hace ya 25 años es la fórmula mayoritariamente utilizada por las empresas españolas para obtener flexibilidad. De hecho, el recurso excesivo a la temporalidad ha impregnado nuestro sistema de tal forma que ha reemplazado la utilización normalizada de múltiples instituciones laborales tales como los periodos de prueba al inicio de las contrataciones indefinidas, la contratación a tiempo parcial, los contratos formativos o las medidas de flexibilidad interna que, como es fácil-

<sup>15</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: «Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral», *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, 1998, pág. 83.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Ordenación y flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>17</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: «La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado al CES», *Tribuna Social*, n.º 32/33 (1993) págs. 18 y ss.

<sup>18</sup> SEGURA, DURÁN, TOHARIA y BENTOLILLA: *Análisis de la contratación temporal en España*, Madrid, 1991, págs. 122 y ss.

<sup>19</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La contratación temporal y el fraude de ley», *Relaciones Laborales*, n.º 23, 1993, pág. 20 y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Valencia, 1997, pág. 83.

<sup>20</sup> Que incluso, sorprendentemente, hubo alguna propuesta de recuperación de esta modalidad contractual a través de la negociación colectiva por algún grupo político, como Esquerra Republicana/IU/Iniciativa en la enmienda al proyecto de Ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo de 2010.

mente constatable, son empleadas en nuestro país de forma significativamente más reducida que en los países de nuestro entorno europeo.

Según estos argumentos ya recurrentes en las últimas reformas laborales, las supuestas trabas laborales se encontrarían en el «dualismo del mercado de trabajo», la segmentación del mercado de trabajo, entre fijos y temporales, que ha sido una de las vías deliberadamente buscadas y toleradas en los últimos 20 años para proporcionar las mayores tasas de flexibilidad en la contratación desde la reforma de 1994, apenas paliada por las de 1996, 2001 y 2006. La flexibilidad de entrada habría sido la alternativa a la flexibilidad de salida y ahora se pasaría a incidir más bien en la de salida. La paradoja es que se recurra a incrementar la flexibilidad de salida para lograr mayor estabilidad en el empleo. Sin embargo, esta idea encubre que el verdadero objetivo es lograr una mayor rotación en el mercado de trabajo, no ya a través de contratación temporal, sino mediante contratos indefinidos, cuya celebración debe facilitarse a través del abaratamiento de los costes de despido.<sup>21</sup> Y para ello se propuso en un principio desde diversos sectores económicos un contrato único indefinido que viniera a sustituir a las modalidades de contratación temporal de obra o servicio y de eventualidad, con una indemnización por finalización (despido, salvo en caso de despido nulo) escalonada por años de antigüedad.

La reforma laboral, pese a no adoptar formalmente la propuesta del contrato único, que por otro lado presentaba numerosos inconvenientes jurídicos, ha adoptado el punto de vista de los economistas firmantes del manifiesto de los 100 en la forma de enfocar los problemas del mercado laboral español y las medidas que se proponen.

El contrato único no se revelaba como una verdadera alternativa a la precariedad, como una forma creíble de reducir el dualismo del mercado de trabajo, sino que más bien profundizaba en la línea del abaratamiento de los costes del despido y la eliminación de los controles y tutelas judiciales.

Ser fijo o temporal condiciona multitud de decisiones en la vida de los trabajadores, no solo con relación a las mayores tasas de ahorro que tienen los temporales, sino también respecto a su tasa de fertilidad, etcétera.

Según los modelos o simulaciones realizados por un grupo de expertos, la reforma laboral de un contrato único propuesta implica que, por cada trabajador que se viera perjudicado, se beneficiarían otros cinco.

El contrato único indefinido, sin embargo, aparentemente y desde el punto de vista formal supone que todos los trabajadores serían estables, por tener formalmente un contrato indefinido, que vendría a sustituir a las modalidades de contratación temporales de obra o servicio y de eventualidad.

Esta parece ser la propuesta adoptada, por un lado, con la reducción generalizada de la indemnización por despido improcedente y, por otro, con la introducción del nuevo contrato para emprendedores, que para menores de 30 años durante el primer año establece una resolución libre, no causal ni con control judicial, más allá de las causas de discriminación propias del despido nulo.

<sup>21</sup> APARICIO TOVAR, J.: «La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral de 2010» en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2011, pág. 22.

Sin embargo, las medidas adoptadas desde hace años para corregir esta disfunción de nuestro mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, llevando a contratos indefinidos de «corta» y de «larga» duración, generando un nuevo dualismo y nada hace pensar que ahora será diferente.

No se ha logrado en los últimos años que las empresas utilizaran el **contrato de fomento de la contratación indefinida** (CFCI). Estos contratos habrían pasado de representar más de un tercio del total de contratos indefinidos en los años 2006 y 2007 a representar escasamente un 17 por 100 del total en el último año.

Otra cuestión es si se ha utilizado como vía de reclutamiento directo inicial de trabajadores. La respuesta es negativa. Más bien ha servido para transformar contratos temporales en indefinidos CFCI (2/3 de los contratos)<sup>22</sup> lo que demuestra que este contrato no elimina la temporalidad<sup>23</sup> sino que sirve solo para canalizar una parte de ella.

Igualmente, la modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos. Para cumplir adecuadamente esta finalidad, la negociación colectiva debería desempeñar un papel importante en la mejora de la calidad de estas modalidades de contratación. Sin embargo, esta posibilidad ahora se elimina, al haber habilitado de nuevo la reforma la realización de horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial, incluso con contratos temporales. Lo cual hace más atractiva esta última posibilidad, frente a contratos indefinidos a tiempo parcial, con horas complementarias, debido a la mayor dificultad de su control, razón precisamente por la cual se suprimieron.

Por ello, mientras no se actúe, de verdad, de forma simultánea sobre la contratación temporal, racionalizando su uso y desincentivando el uso injustificado y fraudulento, nada cambiará.

## II. FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

### 1. Contrato para emprendedores

Se crea una nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de la que solo podrán hacer uso las empresas que tengan menos de 50 trabajadores que, pese a la situación de crisis eco-

<sup>22</sup> Según datos de coyuntura laboral el número de contratos ha sido el siguiente. En 2007 se han celebrado 2.220.384 contratos indefinidos, de ellos 1.230.795 CFCI (55,43%), siendo 902.210 por conversión y 328.585 iniciales; en 2008, 1.902.605, de ellos 1.026.511 CFCI (53,95), de los que 779.700 lo han sido por conversión y 246.511 iniciales; en 2009, 1.312.414, de ellos 709.610 CFCI (54,07), 520.427 por conversión y 189.183 iniciales.

<sup>23</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reducción de los costes de la extinción del contrato por despido disciplinario: ¿necesidad jurídica?», *Revista de Derecho Social*, n.º 50/2010, pág. 51.

nómica, apuesten por la creación de empleo. La finalidad de esta medida es facilitar la contratación estable de trabajadores por parte de estas empresas que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país, el 95 por 100, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística. La norma hace referencia al número de trabajadores totales de la empresa y no al centro de trabajo. Si bien es cuestionable si una empresa con 49 trabajadores es un emprendedor o si esto no es pervertir el propio concepto, ya que mayoritariamente estas empresas son sociedades mercantiles. De tal modo que, aun siendo discutible, se podría, no obstante, defender una cierta flexibilidad en la aplicación del derecho laboral de verdaderas pymes, pequeños autónomos con uno o dos trabajadores, pero no en estos supuestos donde muchas de dichas empresas están participadas por grandes sociedades.

Ahora bien, aun cuando a diferencia del antiguo CFCI, no se establece «a priori» y directamente un ámbito subjetivo de aplicación, limitado a determinados colectivos, en la práctica y de forma indirecta la finalidad sigue siendo la misma, ya que los incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social solo se pueden llevar a cabo con la contratación de los colectivos que la norma enumera.

Así, desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, que ya no se puede mantener que sean de larga duración, al exigir únicamente la norma que el beneficiario hubiera percibido la prestación durante al menos tres meses en el momento de la contratación. Es criticable que el contrato no se extienda a desempleados, en general, pues se limita a beneficiarios de la prestación contributiva, con la finalidad, evidente, de reducir el número de estos beneficiarios que son los que mayor gasto suponen para el sistema, obviamente, por la cuantía más elevada de las prestaciones contributivas. De tal modo que quedarán fuera aquellos que ya hubieran agotado la prestación contributiva y estuvieran percibiendo un subsidio asistencial o ya hubieran agotado asimismo este último o no tuvieran derecho a él aun cuando permanecieran inscritos en la oficina de empleo. Lo cual colocará a este colectivo en peor situación de empleabilidad, cuando precisamente es el más vulnerable y el que más debería ver fomentada su contratación.

La empresa tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50 por 100 de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de 12 mensualidades, siempre que el desempleado hubiera percibido la prestación durante, al menos, 3 meses en el momento de la contratación. Lo cual significa que el trabajador desempleado debe haber generado una prestación contributiva superior a la básica, que es de 4 meses, por un año de empleo.

Además, en este caso, el desempleado contratado podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por 100 de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.

En todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos del párrafo anterior, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212 y 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Se permitirá tener a los menores de 30 años con un periodo de prueba de un año. Además, la empresa tendrá derecho a una deducción en su cuenta fiscal de 3.000 euros cuando contrate a su primer trabajador, siempre que tenga menos de 30 años. Si se trata de un nuevo empresario quien contrata a su primer trabajador.

Asimismo, en este supuesto, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Además, si el menor de 30 años es mujer en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la oficina de empleo al menos 12 meses en los 18 anteriores a la contratación, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante 3 años.

Mujeres en general, en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Para evitar un efecto sustitución, la empresa no podrá concertar el contrato de trabajo si en los seis meses anteriores a la celebración del contrato hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo. Por lo tanto, como se puede observar, las limitaciones a la utilización de esta modalidad contractual son muy limitadas, ya que tampoco se aplican las exclusiones tradicionales de las bonificaciones que regulaba la Ley 43/2006 que buscaban evitar el efecto sustitución de trabajadores con más derechos o el fraude.

Además, hay una obligación de mantenimiento del empleo, de tal forma que para la aplicación de los incentivos anteriormente referidos, el empresario deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro.

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

La reforma laboral, por tanto, pese a no adoptar formalmente la propuesta del contrato único, que por otro lado presentaba numerosos inconvenientes jurídicos, ha adoptado el punto de vista de los economistas firmantes del manifiesto de los 100 en la forma de enfocar los problemas del mercado laboral español y las medidas que se proponen.

Esta parece ser la propuesta adoptada, por un lado, con la reducción generalizada de la indemnización por despido improcedente y, por otro, con la introducción del nuevo contrato para emprendedores, que para menores de 30 años, durante el primer año, establece una resolución libre, no causal ni con control judicial, más allá de las causas de discriminación propias del despido nulo.

De otra parte, la reforma procede a la adaptación a nuestro país de fórmulas que en los últimos años se han adoptado con éxito en algunos países europeos. Así, al estilo del contrato de trabajo de nuevo empleo de Francia, donde, durante los primeros años el empresario puede resolver el contrato sin necesidad de alegar causa ni seguir el procedimiento clásico de despido; ni por supuesto pagar indemnización alguna.<sup>24</sup>

Se constata, además, que esta pérdida de control no supone una mayor garantía de estabilidad, dadas las posibilidades de libre desistimiento durante el primer año de los trabajadores jóvenes. En efecto, parece más bien que esto podría llevar a contratos indefinidos de «corta» y de «larga» duración generando un nuevo dualismo, un despido libre y barato y una falta absoluta de control judicial de la extinción y del encadenamiento de contratos que se van extinguiendo y celebrando de nuevo, ya que ni se prohíbe la sustitución por otro de igual naturaleza con otro trabajador a su conclusión, ni se exige que con el mismo se produzca una creación neta de empleo.

Podría desnaturalizar la figura del periodo de prueba, dado el criterio restrictivo del Tribunal Supremo en la aceptación de una duración de este que guarde poca relación con el necesario conocimiento profesional por parte de ambos sujetos de la relación laboral, hasta el extremo de que provoca dudas respecto de su compatibilidad con la exigencia constitucional de causalidad de la extinción contractual.<sup>25</sup> En efecto, parece que más bien estamos ante un nuevo contrato temporal sin causa de un año de duración, que incrementa la dualidad en el mercado de trabajo, e introduce una submodalidad de despido respecto a los hasta ahora existentes, el despido sin causa y sin indemnización, lo que conlleva la desprotección total del trabajador frente al poder empresarial. Solo superado el primer año de duración del contrato se estará ante un verdadero contrato indefinido.

En efecto, parece que la ampliación hasta un año del periodo de prueba, para todos los trabajadores sin distinciones de titulación ni formación, no reúne las exigencias constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, tanto más cuanto la consecuencia real de la misma es establecer un despido sin causa y gratuito durante el primer año. De tal modo que podría infringir, asimismo, el artículo 35 de la Constitución, en tanto que establece el derecho al despido sin causa durante el primer año del contrato, pese a haberse reconocido por el Tribunal Constitucional que el derecho al trabajo impide el despido sin causa.

Sin embargo, este último punto podría ser compatible, no obstante, con el Convenio 158 de la OIT que prevé expresamente la posibilidad de excluir del campo de aplicación de la protección contra el despido a los trabajadores que no tengan una antigüedad mínima exigida por la legislación. Así,

<sup>24</sup> GILES AUZERO: «El contrato de trabajo de "nuevo empleo": una traducción francesa de la flexiseguridad», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, págs. 91 y ss.

<sup>25</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Efectos incontrolados de la reforma», *El País*, 12 de febrero de 2012.

por ejemplo, en la legislación alemana se exige una antigüedad mínima de seis meses.<sup>26</sup> Ahora bien, es evidente que no se ha querido establecer esta posibilidad de forma abierta, intentando enmascararla tras la figura del periodo de prueba, para conseguir los mismos efectos prácticos. No obstante, precisamente por ello plantea dudas, al desnaturalizar la figura del periodo de prueba, con la finalidad de imponer el despido libre durante el primer año de contrato.

No obstante, las amplias posibilidades que ahora tienen los empresarios para utilizar el contrato para la formación y aprendizaje y las bonificaciones previstas pueden convertirlo en el «contrato de inserción» solicitado por los empresarios (CEOE) para todos los jóvenes, y resta posibilidades de que se celebren contratos indefinidos fomentados con este colectivo de trabajadores jóvenes, menores de 30 años.

Así, el límite de la edad establecido con carácter general es ahora de 25, frente a los 21 de la normativa anterior. No obstante, hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100 podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido (disp. trans. novena). De tal modo que el contrato puede extenderse hasta los 33 años, menos un día, del trabajador contratado.

También las amplias posibilidades de utilizar este contrato en más de una ocasión. En efecto, a diferencia de la normativa anterior, que no permitía la utilización de esta modalidad contractual una vez finalizada su duración, ya fuera por la misma o distinta empresa, el real decreto-ley limita esa exclusión solo «para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato» y la permite de forma expresa «para una distinta». De tal modo que es posible ahora mantener a un trabajador contratado con un contrato para la formación y aprendizaje desde los 16 hasta los 33, siempre que se vaya cambiando de puesto de trabajo o profesión cada tres años. Lo cual ahora es relativamente sencillo, ya que se elimina el sistema de clasificación de trabajadores por categorías profesionales y se generaliza el **sistema de grupos profesionales** y correlativamente, en consecuencia, desaparecen del artículo 39 del ET todas las referencias a las categorías profesionales y la normativa se concentra ahora en los grupos profesionales y en las actividades realizadas por el trabajador dentro del mismo. Asimismo, se eliminan otras limitaciones existentes hasta ahora para la asignación de funciones distintas. Así, por ejemplo, para la asignación de funciones inferiores ya no se exige la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad laboral.

No se exige que tengan especiales dificultades para encontrar trabajo, con problemas de empleabilidad, ni que sean parados de larga duración y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional, pues en muchos casos eso será así,<sup>27</sup> aunque no siempre, por lo que el contrato de formación podía haberse destinado a esos supuestos. Estos jóvenes con problemas especiales de empleabilidad aparecen ahora como especiales destinatarios de programas de empleo mediante la bonificación de las contrataciones, cuando tengan menos de 30 años. Así, en pymes (empresas de menos de 50 trabajadores) la empresa tendrá derecho a una deducción en su

<sup>26</sup> Véase GIL y GIL, J.L.: «Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en *Aportaciones al debate comunitario sobre «Flexiseguridad»*, Madrid, 2007, pág. 160.

<sup>27</sup> Véase DE LA ROCHA, M.: «Los costes del despido como ideología», *El País* –Opinión– 7-12-2008 y AA.VV., «La situación de las y los jóvenes en España: más vulnerables a la crisis», Informe de la Fundación 1.º de Mayo, n.º 11, septiembre de 2009.

cuenta fiscal de 3.000 euros cuando contrate a su primer trabajador, siempre que tenga menos de 30 años. Si se trata de un nuevo empresario quien contrata a su primer trabajador. Asimismo, **las empresas de cualquier tamaño que contraten jóvenes de menos de 30 años** también tienen bonificación en las cuotas de la Seguridad Social que abonen por ellos: 1.000 euros en el primer año de contrato, 1.100 euros en el segundo y 1.200 euros en su tercer año de contrato. Si se trata de mujeres de menos de 30 años, a las reducciones al paro de la Seguridad Social para los jóvenes, se les añaden otros 100 euros más (es decir, 1.100 euros de ayuda el primer año).

Ahora bien, al tener bonificaciones todos los contratos de formación, estas entrarán en concurrencia hasta los 30 años con las bonificaciones contempladas para los jóvenes en general hasta los 30 por celebrar contratos indefinidos. Es decir, es muy difícil entonces que hasta los 30 años las empresas celebren contratos indefinidos de fomento con jóvenes menores de 30 años, al poder celebrarse contratos de formación con menores requisitos subjetivos, de coste menor y además con mayor bonificación (el 100%).

La nueva regulación nada dice ya, de forma expresa, a diferencia de la anterior acerca del **incumplimiento empresarial de la totalidad de sus obligaciones** en materia de formación teórica, que antes traía consigo la presunción legal de que el contrato para la formación era un contrato laboral común u ordinario por tiempo indefinido [art. 11.2 k) del ET y art. 22.4 del RD 488/1998]. Esta previsión había planteado numerosos problemas interpretativos: la entidad del incumplimiento, la responsabilidad empresarial, el perjuicio experimentado por el trabajador, si pese a todo ha mediado aprendizaje, la influencia de terceros implicados en la formación (externalización de la misma), el carácter de la presunción, etc.

Así, parece que se quiera volver a una postura flexibilizadora y excesivamente comprensiva y tolerante con la situación de la pequeña empresa y sus posibilidades, como había mantenido alguna doctrina judicial, admitiendo la experiencia recibida como suficiente y no exigiendo que se siguiera un plan de enseñanza por ser algo utópico o irreal. No obstante, a mi modo de ver, se podrá seguir considerando como un fraude de ley, si bien ahora no se podrá presumir ya, sino que el trabajador deberá probar el incumplimiento, no ya de la totalidad de las obligaciones empresariales en materia de formación, sino del incumplimiento de «obligaciones sustanciales», esto es, que afecten gravemente a la consecución del fin. Así, por ejemplo, se considera como tal la designación como tutor de una persona que no puede ejercer tales funciones,<sup>28</sup> además de la falta de formación práctica y la imposibilidad de impartirla a distancia. Habrá que valorar las circunstancias y el significado de lo sucedido. La jurisprudencia ha sostenido que la falta de formación teórica, aunque mediante la práctica adquiera adiestramiento, supone una desnaturalización del contrato.<sup>29</sup> No puede sustituirse por simple instrucción y asistencia durante el desarrollo del trabajo.<sup>30</sup> Tampoco se cumple la obligación de formación trabajando la jornada laboral completa y estudiando a distancia fuera de la jornada laboral.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2004 (AS 3566).

<sup>29</sup> SSTs de 17 de mayo de 1990 (RJ 3747), 19 de junio de 1990 (RJ 4679), 20 de mayo de 1997 (RJ 4197), 19 de febrero de 1996 (RJ 1302), 19 de noviembre de 1996, 27 de abril de 1998 (RJ 3068) y 30 de junio de 1998, (RJ 5540).

<sup>30</sup> SSTSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1995 (AS 3995) y 20 de abril de 1994 (AS 1467).

<sup>31</sup> STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 4199).

### III. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA

#### 1. Causas

Tampoco se incide sobre la contratación temporal fraudulenta de una forma real y eficaz, pues es cierto que la prohibición de encadenamiento de contratos temporales prevista en el artículo 15.5 del ET se vuelve a aplicar tras el 31 de diciembre de 2012.

Sin embargo, si bien a partir de dicha fecha vuelve a entrar en vigor, a nadie se le escapan las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo, rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente, la subcontratación; donde ahora, el Tribunal Supremo, en los supuestos en que se vayan celebrando o renovando sucesivas contrataciones con la misma empresa adjudicataria, no considera que el contrato de obra finaliza con cada contrata.<sup>32</sup> Así, al tratarse del mismo contrato de obra y servicio, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo, que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un periodo de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión de indefinido del trabajador.

Pese a reducirse a causa de la crisis el porcentaje de contratación temporal sobre el total en términos absolutos, se seguiría dando una excesiva precarización laboral, que la propia crisis habría venido a reforzar. Solo la actual crisis ha logrado situar claramente las tasas de temporalidad por debajo del 30 por 100. Se ha generado así una segmentación que, por otra parte, incide de manera especial en los trabajadores más jóvenes y, con carácter más general, en aquellos con menor nivel de cualificación profesional.

En efecto, pese a que ha descendido el porcentaje de contratos temporales, a causa de la crisis de la construcción y los servicios, donde son abundantemente utilizados, los nuevos contratos en estos y otros sectores siguen alcanzando un porcentaje muy elevado de contratación temporal, casi del 90 por 100. Así pues se ha agudizado la situación del mercado de trabajo existente con anterioridad, lo que pone de manifiesto que el recurso a la contratación temporal<sup>33</sup> se produce por los siguientes factores:

- La utilización abusiva y en fraude de ley de los contratos de obra o servicio y de eventualidad.
- La extensión excesiva por la jurisprudencia en caso de contrataciones, pese a su insuficiente neutralización por cláusulas de subrogación y por cierta interpretación jurisprudencial.
- La ineficacia e inoperatividad en establecer límites al encadenamiento «legal objetivo», pues los contratos no alcanzan los 24 meses, en cuanto supone la transformación en indefinidos o se procede a contratar a otro trabajador para el mismo puesto de trabajo, a falta de intervención de la negociación colectiva en este supuesto, como se verá más abajo.

<sup>32</sup> STS de 17 de junio de 2008 RJ 4229.

<sup>33</sup> Por todos, PÉREZ REY, J.: *Estabilidad en el empleo*, Madrid: Trotta, 2004, *La transformación de la contratación temporal en indefinida: el uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Valladolid: Lex Nova, 2004 y «La incidencia de la Directiva 1999/70 sobre contratación temporal», *Revista de Derecho Social*, n.º 10/2000 págs. 107-112.

- La continuidad en la «cultura de la temporalidad» en fraude de ley como práctica habitual.
- La ineficacia de las medidas disuasorias del abuso de la contratación temporal.
- El escaso encarecimiento de los contratos desde el punto de vista de la cotización a la Seguridad Social. Solo se da en los de cortísima duración (ocho días) y en el incremento de la cotización por desempleo, frente a la tímida reducción de costes en los contratos indefinidos (Ley 43/2006).
- La insuficiente incidencia de las facultades interventoras de la Seguridad Social por la vía del artículo 145 bis de la LGSS desde la prestación indebida de desempleo. Su interpretación jurisprudencial<sup>34</sup> se vincula claramente más con la percepción indebida de las prestaciones que con el abuso de la figura del contrato de obra o de eventualidad.
- Los bajos costes de indemnización por extinción (10 días en la actualidad, 12 en 2014) sobre los que apenas interviene la negociación colectiva (salvo en los contratos fijos de obra en construcción) y de cotización a la Seguridad Social. El propio documento del Gobierno de febrero de 2010 reflexionaba sobre «la conveniencia de operar sobre las diferencias comparativas de este tipo de contratación en el orden económico, en la doble vertiente de las **indemnizaciones por fin de contrato y los tipos de cotización de los mismos por la contingencia de desempleo**. La repercusión de la finalización de este tipo de contratos en el coste global del sistema de protección por desempleo es, sustancialmente, mayor que la proveniente de los contratos indefinidos. Cabe, pues, plantearse la adopción de medidas que lleven a cierta asunción directa de este coste diferencial por las empresas que recurran más a la contratación temporal». Hay que recordar que desde hace años las Leyes de Presupuestos al regular la cotización por desempleo han previsto una cotización superior para los contratos temporales más utilizados como los de obra y servicio y los eventuales, que puede haberse revelado como insuficiente para cubrir los costes de rotación de mano de obra y no ha servido tampoco como medida disuasoria de la celebración de contratos temporales.
- La inadecuación del régimen de las indemnizaciones por despido, pensadas más para contratos indefinidos,<sup>35</sup> lo que podría haber llevado a plantear la conveniencia de un régimen indemnizatorio propio y a establecer garantías del cumplimiento íntegro de la duración. Incluso en caso de fraude de ley las indemnizaciones por despido al utilizar para su cálculo el mismo criterio que en los contratos indefinidos –la antigüedad– no disuaden de su celebración.
- Las bajas duraciones de los contratos temporales, con exceso de prórrogas o de nuevas contrataciones para obviar las limitaciones legales de las prórrogas en el contrato de eventualidad.

<sup>34</sup> Así, en supuesto en que de todos modos la prestación se genera por transformarse los temporales en fijos discontinuos: STS 10 de octubre de 2007 (Rec. 3782/2006), 26 de diciembre de 2007 (Rec. 4831/2006), 14 de enero de 2008 (Rec. 778/2007), 29 de enero de 2008 (Rec. 4488/2006), 7 de febrero de 2008 (Rec. 857/2007), 19 de febrero de 2008 (Rec. 1353/2007), 14 de mayo de 2008 (Rec. 1829/2007), 29 de mayo de 2008 (Rec. 2315/2007), 29 de mayo de 2008 (Rec. 2315/2007), 4 de noviembre de 2008 (Rec. 3179/2007), 20 de noviembre de 2008 (Rec. 4309/2007), 26 de noviembre de 2008 (Rec. 534/2008), 26 de enero 2009 (Rec. 220 /2008), 15 de enero de 2009, (Rec. 505/2008), 9 de marzo de 2009, (Rec. 4429/2008) y 11 de mayo de 2009, (Rec. 1421/2008), entre otras.

<sup>35</sup> Y aun así con dificultades y especialidades derivadas de la llegada del término como límite (STS de 29 de enero de 1997, Rec. 3461/1995).

- La amplísima utilización en el ámbito de las Administraciones públicas como forma de abaratamiento de los costes y de tratamiento de las plantillas.<sup>36</sup> Las escasas consecuencias jurídicas, dada la construcción jurisprudencial (y ahora en el EBEP) de la figura del indefinido no fijo, acentúa todavía más el recurso arbitrario y generalizado a modalidades de contratación, como las de obra y servicio, para hacer frente a situaciones estables o permanentes sin aumentar las plantillas. De ahí que el documento del Gobierno de febrero de 2010 hablara de que «las medidas de reducción de la temporalidad deben extenderse igualmente a todas **las Administraciones públicas**, de conformidad con el sentido de los Acuerdos ya suscritos con la representación de los empleados públicos».
- El reforzamiento de la precariedad se da no solo en la duración sino en las condiciones de trabajo. Las modificaciones de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial sin verdadera negociación o acuerdo de los trabajadores son una muestra más de los efectos y de la presión de la crisis.
- La utilización preferente de la contratación temporal como alternativa al trabajo indefinido a tiempo parcial.
- La insuficiente actuación inspectora. El documento del Gobierno de febrero de 2010 habla en consecuencia de la necesidad de «programar **campañas sistemáticas por parte de la Inspección de Trabajo** y Seguridad Social para controlar la contratación temporal injustificada o realizada en fraude de ley».
- El escaso papel de la negociación colectiva pese a ser llamada para controlar el uso encadenado de contratos temporales en distintos puestos de trabajo pese al llamamiento que hace a la misma la Ley 43/2006 (art. 15.5. según el cual «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»). De ahí que resulte poco esperanzador el intento del documento del Gobierno de febrero de 2010 de implicar a la negociación colectiva («Debe estudiarse el posible incremento de las facultades reconocidas a la negociación colectiva para controlar y combatir la contratación temporal injustificada»). O facultarle de nuevo para ampliar la duración del contrato de obra siguiendo el modelo del contrato de eventualidad, que puede ampliarse hasta  $\frac{3}{4}$  y como máximo 12 meses en un arco temporal de 18 [art. 15.1 b) ET].

## 2. Soluciones propuestas

Por ello, en materia de contratación temporal cabría haber planteado alguna de las siguientes medidas:

<sup>36</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial», *Actualidad Laboral*, n.º 18, 1998.

1. Una hubiera sido una vuelta a la causalidad de la contratación temporal, definiendo de nuevo los supuestos de contratación temporal. A ello aludía el documento del Gobierno de febrero de 2010 cuando decía que «sin ánimo exhaustivo, es necesario reflexionar una vez más sobre **la definición de las causas de las distintas modalidades contractuales** por tiempo determinado o sobre la vinculación del contrato de obra o servicio a la subcontratación empresarial». Había que abordar el supuesto de la expansión del contrato de obra ligado a la contrata o a las subvenciones u otras partidas presupuestarias de Administraciones públicas abandonando, a nuestro juicio, la idea de la casualidad desde la empresa que externaliza, y construir la idea de causalidad desde la contratista sin vincularla a «una contrata» y establecer que la mera pérdida de contrata sea automáticamente causa de despido objetivo. El interrogante es si fuera de este supuesto hay todavía recorrido para una redefinición legal de las causas del contrato de obra que han permanecido inalteradas desde la reforma laboral de 1994. Evidentemente sí en caso de contratos de obra vinculados a la contrata o a subvenciones públicas.<sup>37</sup>
2. Otra alternativa al sistema anterior hubiera sido el establecimiento de topes de contratación temporal por obra y servicio y eventualidad en relación con la plantilla, clarificando los efectos jurídicos de su incumplimiento, dado el discutible alcance y eficacia de los establecidos en la negociación colectiva. Hasta ahora ha sido poco operativa la previsión de estos topes en la negociación colectiva al darse en sectores donde prácticamente la mayoría de la mano de obra era temporal, como en construcción. De ahí la necesidad de mantenimiento de las previsiones especificadas en la Ley de Subcontratación en la Construcción de 2006.
3. La tercera hubiera sido el incremento de los costes de la contratación temporal, ya fueran los costes de cotización a la Seguridad Social, ya los costes de finalización del contrato elevando las indemnizaciones actuales (8 días, 12 en contrato de fomento de empleo de discapacitados) para aproximarlas a las de despido objetivo. Cabría haber fijado indemnizaciones más elevadas incluso que en los supuestos de despido común para los contratos temporales celebrados en fraude de ley cuando no su consideración como despidos nulos. Asimismo, se proponía también una nueva metodología para el cálculo de la indemnización por despido en los contratos temporales, basada en un porcentaje del salario bruto percibido.

Algunos planteaban actuar sobre los costes salariales, aunque su formulación jurídica puede encontrar algunos obstáculos derivados del principio de igualdad. En este sentido se ha señalado<sup>38</sup> cómo el mercado de trabajo español se ha mostrado muy flexible, porque ha despedido mucho sin que las empresas hayan cerrado ni mucho menos al mismo ritmo. Y plantea un aumento notable del salario mínimo de los contratos temporales. A menor coste de despido, más coste salarial; a mayor coste de despido, menor salario mínimo. Con ello los empresarios solo contrarían temporalmente por necesidad de gestión y no por abaratamiento de costes indiscriminado, rompiéndose la perversión actual en las relaciones laborales.

En efecto, una división en dos del salario mínimo según contrato fijo –es decir, el de los costes de despido actuales– y del resto de la contratación permitiría a los empresarios honestos y de verdad competir en condiciones de ventaja frente a los que utilizan la temporalidad,

<sup>37</sup> Y en ese sentido se plantearon enmiendas por algunos grupos en la tramitación del proyecto de ley del 2010 en el Congreso. Así Izquierda Unida/Esquerra/IU/Iniciativa enmienda n.º 97.

<sup>38</sup> ANTONIO MORA: «El error del legalismo», *Nueva Tribuna*, 25 de noviembre de 2009.

no por necesidad estratégica, sino por sus bajos costes –nulos– de despido. De esta forma, el empresario de verdad tendría dos opciones reales: o contratar con costes de despido como los actuales, pero con salario de convenio actual, o contratar temporalmente, es decir, con nulos costes de despido, pero con costes mensuales salariales mucho más elevados. Esta idea se incardina bien en la filosofía de los *salarios de eficiencia* que hace tiempo que ha salido a la luz en otros países y en el análisis económico.

Otra vía podría haber sido trasladar ese coste a la indemnización por fin de contrato (por ejemplo, el 10% del salario bruto) siguiendo el modelo francés. O fijar una indemnización tarifada de inicio incrementándose en función de la antigüedad.

Mientras se mantenga la contratación temporal en los términos actuales de coste es ilusorio pensar que un abaratamiento generalizado del coste de la indemnización prevista para el despido improcedente pudiera alterar esta irregularidad. La contratación temporal se utiliza como mecanismo de adaptación a las circunstancias empresariales, por lo que su alternativa no es propiamente el despido improcedente, sino el despido procedente por causas empresariales. Pero lo decisivo es que el coste de la terminación del contrato temporal es casi inexistente por lo que el abaratamiento del coste del despido que no se sitúe en esos parámetros seguirá sin ser una alternativa eficiente desde el punto de vista estrictamente económico. Por ello es más razonable aproximar el coste desde el aumento de la indemnización por extinción de los contratos temporales que reducir el de los indefinidos, vía contrato único o mediante subvenciones.

4. Incluso la propia revisión de los efectos de la contratación temporal en fraude de ley en las Administraciones públicas de manera que el indefinido no fijo, figura ahora legalizada por el EBEP, no debe ser un interino sino un indefinido especial con derecho a indemnización en su caso como despido objetivo. En la regulación actual se da la paradoja de que los contratados en fraude de ley gozan de menos derecho que los correctamente contratados temporales en el ámbito del empleo público. De otra parte podría desarrollarse en su caso mejor la figura del indefinido no fijo estableciendo un régimen jurídico que lo distinga del supuesto de interinidad, es decir un *tertium genus*, un específico contrato indefinido con ciertos derechos de antigüedad y en caso de extinción.

En este sentido la responsabilidad de las Administraciones públicas en la temporalidad es grande ya que se produce por tres vías: contratación temporal directa, mediante la utilización de subcontratas con empresas de servicios y a través de los programas anuales.

5. También cabía avanzar en lo que había quedado a medias en la reforma de 2006 (Ley 43/2006) en cuanto a la fijación de las duraciones, en especial en caso de encadenamiento para distintos puestos de trabajo y para supuestos en que siendo el mismo puesto se contrataran distintos trabajadores, y haber previsto algún mecanismo en caso de que el convenio colectivo no abordara esta materia como la aplicación de la regla común que limita el encadenamiento, como por ejemplo, la aplicación supletoria de los límites comunes de encadenamiento. Incluso calificando el supuesto de despido nulo con obligación de readmisión.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Informe sobre el empleo*, Madrid: Ministerio de Trabajo, 2010, pág. 78.

6. Finalmente parecía necesario un reforzamiento de las sanciones en los supuestos de encadenamiento de contratos y del control por la Inspección y por los representantes de los trabajadores, y una derogación de la competencia de la negociación colectiva para la concreción del concepto de obra y la ampliación de la duración del concepto de eventualidad, salvo los contratos de fijos de obra, pues contribuye a «normalizar» la idea de la temporalidad e impide en ciertos sectores la configuración de contratos fijos, continuos o discontinuos.

Es decir, podría haberse abordado el problema de la segmentación del mercado de trabajo por otras vías que no se ligaran a los costes del despido, sino reforzando la casualidad para reducir la excesiva contratación temporal que no responde a unos criterios o principios de causalidad, esto es, a la llamada **contratación temporal injustificada**. En este punto y valorando el modelo de contratación temporal existente se ha puesto de relieve como las causas de la contratación temporal injustificada se dan sobre todo por el abuso de los contratos de obra o servicio y de eventualidad, sin que la reforma laboral de 2006 haya conseguido avanzar hacia una reducción real de la tasa de temporalidad, ni a un mayor control del encadenamiento objetivo, esto es, para el mismo puesto de trabajo, de los mencionados contratos temporales, ni subjetivo, es decir, la contratación sucesiva de distintos trabajadores para el mismo puesto de trabajo.

El propio Acuerdo sobre negociación colectiva 2010-2012 insistía en esta línea de actuación. En efecto, en su capítulo I se llama a los convenios colectivos a conseguir los objetivos antes señalados:

«a) Promocionar la contratación indefinida en el acceso al mercado de trabajo, la transformación de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades.

b) Fomentar el uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de ETT, no debiendo la negociación colectiva introducir redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en el ET.

c) Adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales.

El artículo 15 del ET, tras su reforma en el año 2006, da un mandato a los convenios colectivos a actuar sobre el encadenamiento de los contratos para ocupar un mismo puesto de trabajo con distintos trabajadores. No obstante, la negociación colectiva no ha dado una respuesta adecuada al mandato legal por lo que se hace necesario insistir en que este es el cauce adecuado para instrumentar fórmulas y procedimientos dirigidos a evitar dicho encadenamiento atendiendo a las peculiaridades de la actividad y de los puestos de trabajo a cubrir.

d) Analizar en el ámbito del convenio, y en función de sus características, la posibilidad y conveniencia, o no, de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales sobre las

que se medirá la aplicación de la medida, lo que conllevaría mayores capacidades de flexibilidad interna en caso de su cumplimiento.

e) Fomentar la contratación de los jóvenes, impulsando los contratos formativos, como vía de su inserción laboral y cualificación profesional favoreciendo la posible incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores, una vez finalizado el contrato formativo.

f) En las actividades discontinuas o estacionales, potenciar los contratos fijos discontinuos.

Igualmente, la modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos. Para cumplir adecuadamente esta finalidad, la negociación colectiva debería desempeñar un papel importante en la mejora de la calidad de estas modalidades de contratación». Sin embargo, esta posibilidad ahora se elimina, al haber habilitado de nuevo la reforma la realización de horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial, incluso con contratos temporales. Lo cual hace más atractivo esta última posibilidad, frente a contratos indefinidos a tiempo parcial, con horas complementarias, debido a la mayor dificultad de su control, razón precisamente por la cual se suprimieron.

Ni la reforma actual, ni las anteriores, han abordado la lucha contra la precariedad en el empleo desde su raíz, es decir, desde una redefinición de las causas por las que puede recurrirse a la contratación temporal, es decir, frontalmente, sino solo de manera indirecta subiendo un peldaño más en la línea iniciada por la reforma de 2006 (Ley 43/2006) cuyos objetivos ya se señalaron antes en especial en lo que se refiere a la utilización no justificada de la contratación temporal. Puede alegarse que es ya muy difícil recuperar la causalidad. De ahí que otros ordenamientos adoptan posibilidades de contratación temporal, como en el derecho comparado, no causales, simplemente limitadas. Temporalmente, con el señalamiento de una duración máxima y con el pago de la totalidad de los salarios, hasta la duración máxima, en el supuesto de rescisión extemporánea por parte de la empresa. Y cuantitativamente, con límites máximos de contratos temporales, de conformidad con el total del volumen de plantilla de la empresa. De tal forma que se podría controlar y así reducir el número de contratos temporales a un porcentaje determinado, lo que no ha podido hacer ninguna otra de las medidas adoptadas.

En el caso español se ha propuesto<sup>40</sup> como vía garantista máxima la propia desaparición de la contratación temporal «de causa difusa», obra y servicio, y eventualidad y contratación temporal vinculada a la contrata permitiendo en todos los casos actuales la extinción por causas empresariales cuando desaparecieran las razones actual es que permiten el recurso a la temporalidad. Y solo quedarían como contratos temporales el contrato de interinidad por sustitución y los contratos formativos.

<sup>40</sup> CABEZA PEREIRO, J. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Informe...*, *op. cit.*, pág. 76.