

LA «NUEVA» REFORMA LABORAL: REBAJAS, APLAZAMIENTOS Y PRÓRROGAS

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

EL Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, ha supuesto una auténtica carga de profundidad contra uno de los estandartes de la reforma laboral del año anterior, la operada por la Ley 35/2010. Si esta se proponía corregir la insoportable dualidad de nuestro mercado de trabajo, tratando de promover la contratación indefinida, la nueva norma se olvida por completo de esa «misión», y hace de la «temporalidad» su bandera para hacer frente a las elevadas cifras de desempleo, sobre todo juvenil. Para ello, no solo fomenta la contratación temporal de los jóvenes sin capacitación, a través de la regulación de un «nuevo contrato de aprendizaje», sino que suspende durante dos años la eficacia de la regla de control del encadenamiento de contratos temporales establecida en 2006 y perfeccionada en 2010. Esta norma, pues, introduce dos muy importantes «recortes» o «rebajas» en los estándares de estabilidad en el empleo, como vía para incentivar la contratación.

Asimismo, y para la protección de los desempleados de larga duración que agoten su prestación, la norma se limita a prorrogar durante seis meses más el programa previsto en el Real Decreto-Ley 1/2011, pese a que es un fracaso como instrumento de política activa de empleo, limitándose a dar una protección meramente asistencial. Se completa el contenido básico de esta norma con un nuevo aplazamiento no ya de la entrada en vigor o de la operatividad sino de la existencia misma de una de las principales novedades de la reforma de 2010: el Fondo de Capitalización Individual. Este es un instrumento que, importado de otros países, como Austria, donde no está dando los resultados esperados, pretende favorecer la flexibilidad en la gestión de las relaciones de trabajo sin perjudicar la seguridad económica del trabajador, por lo que se revela tan peligroso para la estabilidad de los trabajadores como costoso y, por tanto, de difícil viabilidad.

El comentario que sigue en estas páginas pretende dar cuenta detallada de las principales novedades de esta nueva y sorprendente reforma laboral. Para ello se exponen con rigor los contenidos, ordenados atendiendo a sus fines, se identifican los principales problemas aplicativos y se intenta aportar soluciones, cuando existen.

Palabras clave: contratación temporal, protección por desempleo, flexiseguridad y políticas de empleo.

THE «NEW» LABOR REFORM: DISCOUNTS, ADJOURNMENTS AND EXTENSIONS

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Abstract:

THE Royal Decree 10/2011, 26 August, has been a real depth charge against one of the banners of the labor reform of the previous year, operated by Law 35/2010. If it is intended to address the unbearable duality of our labor market, trying to promote indefinite contracts, the new rule is completely forgets that «mission» and makes the «temporary» flag to cope with high numbers unemployment, especially youth. This not only promotes temporary employment of unskilled young people, through the regulation of a new «learning contract» but two years suspended for the effectiveness of the control rule from the chain of temporary contracts established in 2006 and perfected in 2010. This rule, then introduces two very important «cuts» or «discounts» in the standards of job security as a way to encourage hiring.

Furthermore, for the protection of long-term unemployed who exhaust their benefits, the rule merely extended for six months the timetable set out in Royal Decree 1/2011, although it is a failure as an active policy instrument employment, limited to merely provide protection care. The basic content of this standard completes with a new postponement of the entry into force or the operation but the existence of a major new reform of 2010: Individual Capitalization Fund. This is an instrument imported from other countries such as Austria, where it is not giving the expected results, aims to promote flexibility in managing labor relations without compromising worker's economic security, for what is revealed as dangerous for the stability of workers as costly and, therefore, difficult to viability.

The discussion that follows in these pages is intended to give a detailed account of the main novelties of this stunning new labor reform. This will expose the contents vigorously, arranged in line with their goals, identify the major problems trying to bring applications and solutions where they exist.

Keywords: temporary work contracts, unemployment protection, flexicurity and employment policies.

Sumario

1. Introito: la «reforma laboral» se va ¿de «rebajas» o de «saldo»?
2. «A vuela pluma»: un panorama general de la «nueva» reforma laboral.
3. Reformas de «rebaja» de los estándares de estabilidad en el empleo: «un nuevo tropiezo con la misma piedra».
 - 3.1. Tiempos nuevos, soluciones viejas: enésima resurrección del «contrato de aprendizaje».
 - 3.2. La «congelación» de la regla de control del encadenamiento de contratos: ¿«barra libre» de contratación temporal?
4. «Cuán largo me lo fiáis»: el aplazamiento ¿a 1 de enero de 2014? del Fondo de Capitalización Individual.
5. ¿«Más vale malo conocido»? las reformas basadas en la prórroga de medidas activas y pasivas.
 - 5.1. La ampliación de la política de conversión en contratos indefinidos de los contratos temporales.
 - 5.2. La continuidad de la pasividad en la reinserción de los desempleados de larga duración: seis meses más de «Prepara».
6. Otro cambio deslocalizado: una reforma de mejora de la inoperante protección por cese de actividad.
7. Reformas de racionalización organizativa y de gestión: la integración futura del Fondo de Garantía Salarial y el Servicio Público de Empleo Estatal.
8. Reflexión final.

*«... si el poder se ufana de sus cuarentenas
o si los pobres de solemnidad
son cada vez menos solemnes y más pobres
ya es bastante grave
que un solo hombre
o una sola mujer
contemplan distraídos el horizonte neutro
pero en cambio es atroz
sencillamente atroz
si es la humanidad
la que se encoge de hombros»*

BENEDETTI. *Desganas*. En «El Olvido está lleno de memoria».

1. INTROITO: LA «REFORMA LABORAL» SE VA ¿DE «REBAJAS» O DE «SALDO»?

Una de las expresiones más conocidas de uno de los «jarrones chinos», también llamados «expresidentes», más ilustres que tenemos en nuestra exquisita colección fue aquel célebre dicho chino «¿gato blanco, o gato negro?, ¡qué más da, lo importante es que cace ratones!». Con esa expresión justificaba la política de fomento indiscriminado de empleo de su Gobierno, evidenciando que más vale tener un empleado, al margen de cuáles sean sus condiciones, que un desempleado. Todos sabemos los pesados «lodos» que trajeron aquellos «polvos». Pues bien, queriendo emular aquella celebridad, al último ministro de Trabajo de esta Legislatura, se le ha ocurrido argumentar el retorno a esas fracasadas políticas de mediados de la década de los 90 con un eslogan análogo, si bien menos lírico: «Más vale un trabajador temporal que un parado». De este modo resume el principio básico que rige el enésimo real decreto-ley del Gobierno para intentar atajar la extraordinaria «crisis de empleo» que sufrimos en España, muy por encima de lo que parecería razonable: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, ya convalidado por el Parlamento.

Sin querer ser demasiado oportunistas, ni mucho menos hacer «leña del árbol caído», este real decreto-ley es a la política de mercado de trabajo del actual Gobierno, lo que el todavía más reciente Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre Patrimonio, pero solo con carácter temporal (sic), a su política fiscal. Ambos generan, con solo existir, al margen de la valoración que se haga de su contenido, una gran perplejidad por un motivo análogo: enarbolan como bandera a defender estandartes que poco tiempo antes se había considerado necesario abatir, para lo que se dispusieron normas de rango legal. En consecuencia, son puro reflejo de una política de reformas «de ida y vuelta» que lleva al paroxismo la «inflación legislativa».

En realidad, y por lo que aquí interesa, el Real Decreto-Ley 10/2011 debería llamarse de «recuperación de la confianza en el contrato temporal como instrumento para la creación de empleo transitoriamente», en línea con lo ya anticipado meses antes por el eufemístico Real Decreto-Ley 1/2011. En efecto, sin duda las dos «novedades» más significativas, dentro por supuesto del carácter absolutamente anodino de toda la norma y su inutilidad para cumplir los objetivos marcados, se vinculan al refor-

zamiento de la temporalidad de nuestro sistema de contratación laboral. De un lado, la creación –más bien el retorno– de un *nuevo contrato temporal* «para la formación y el aprendizaje» –por enésima vez vuelve el término más vetusto–, que quiere simplificarse e incentivarse, modificando el artículo 11.2 del ET. De otro, la *suspensión durante dos años de la regla que limitaba el encadenamiento de contratos temporales*, conforme a la previsión del artículo 15.5 del ET y que, como se recordará, resultó de la transposición de la Directiva 1999/70/CE, sobre los contratos de duración determinada. Esta norma no queda derogada sino «suspendida» de eficacia aplicativa durante dos años.

De este modo, también el Gobierno afronta la «cuesta de septiembre» –que suele tener efectos negativos en la creación de empleo, aumentando el desempleo– yéndose de «rebajas». Ha rebajado el estándar de exigencia de calidad en el empleo, de modo que donde ha estado preconizando, con mayor o menor credibilidad y acierto, las bondades del «empleo estable», ahora torna a ensalzar las virtudes del empleo temporal, al menos para los jóvenes. Eso sí, tiene el poder mágico de mantener a una persona más tiempo como «joven», por cuanto ahora lo será incluso hasta los 33 años.

Pero la banalidad de esta norma como medida de política de empleo no solo se aprecia en este punto. Realmente impregna todo su contenido. Ciertamente no es el único ejemplo, pero sí es de los más expresivos o gráficos, y eso ya es decir mucho con el casi interminable arsenal de normas disparatadas dictadas en los dos últimos años en este ámbito, a la hora de evidenciar la absoluta falta de ideas en materia de políticas de empleo del Gobierno, que es la peor crisis que puede haber. Apenas reparamos un poco en su contenido lo podremos resumir todo en tres palabras a cuál más ilustradora de la vacuidad de la norma: «rebajas» (de los estándares de estabilidad en el empleo, no solo para los jóvenes sino para todos los trabajadores temporales), «aplazamientos» (de medidas que se prometen muy novedosas y eficaces, pero de cuya viabilidad se duda hasta el extremo) y «prórrogas» (de medidas paliativas que, pese a evidenciar que están agotadas y que adolecen de una mínima eficacia para el empleo, se eternizan como una clara expresión de la falta de proyectos innovadores y eficaces).

En estas páginas daremos cuenta de los aspectos más relevantes de esta nueva norma, reseñando sus puntos clave y evidenciando sus problemas aplicativos, y, en lo posible, también apuntando algunas soluciones. Veámoslo.

2. «AVUELA PLUMA»: UN PANORAMA GENERAL DE LA «NUEVA» REFORMA LABORAL

A fin de facilitar una imagen rápida y completa del entero contenido del nuevo real decreto-ley de reforma laboral, con que nos ha «obsequiado» el Gobierno en este fin de Legislatura, haré una presentación de conjunto ordenando las distintas medidas en cuatro bloques, que a mi juicio permiten comprender perfectamente el sentido y alcance del mismo. La razón de ser última del real decreto-ley puede resumirse en dos líneas de acción: un nuevo –y seguramente fallido, como los demás– intento por reducir los elevados niveles de desempleo, ya para los jóvenes en especial –a través de una nueva regulación del contrato para la formación; capítulo I, art. 1–, ya para el resto de las personas desempleadas –a través de la facilitación del contrato temporal, capítulo II, art. 5; sin perjuicio de alguna medida para fomentar el empleo estable, art. 4–, de un lado, manteniendo en todo caso, en tanto se consigue ese objetivo, una protección mínima y asistencial para los que no logran salir de esa situación y sí han agotado su cober-

tura de desempleo –capítulo III, art. 6–, de otro. Este paisaje regulador, que como puede verse emerge demasiado gris y monótono, sintetizable en aquello de «más de lo mismo» y, además, «más malo conocido», se «adorna» con algunas disposiciones de las llamadas «extravagantes», en las que hay, además de las típicas reglas definidoras del régimen jurídico transitorio, medidas principalmente atinentes a la financiación de algunas de las acciones referidas en el cuerpo normativo y también a la gestión público-administrativa de las mismas. Incluso hay espacio para una regla de mejora del sistema de protección por cese de actividad –«el desempleo»– de los trabajadores autónomos, que recorta el tiempo para el nacimiento del derecho –disp. adic. segunda del Real Decreto-Ley 10/2011–.

Para definir o visualizar con algo más de definición ese panorama conjunto he dicho que «colgaríamos» todas las medidas, de modo ordenado, en cuatro apartados o bloques, cuya denominación responde al fin específico perseguido con las diferentes medidas, de ahí que esta clasificación no siga estrictamente la sistemática arriba evidenciada del real decreto-ley. Pero creo que permite una más fácil comprensión tanto del contenido como del sentido del mismo. Así:

1. Las medidas de reforma claramente orientadas hacia la «**rebaja**» de los «estándares de estabilidad en el empleo» hasta ahora vigentes en nuestro ordenamiento, ya de por sí muy merdados. A tal fin no se repara en volver a la situación de años atrás, introduciendo reformas claramente involucionistas o de regresión. En este escenario se sitúan, sin ninguna duda, las dos medidas ya antes comentadas y que constituyen la principal referencia de la norma:

a) La pretendida renovación de los contratos para la formación del artículo 11.2 del ET, «superando la concepción tradicional» de este contrato, para lo cual no se duda, a mi juicio muy paradójicamente, en volver al «contrato de aprendizaje», no ya solo en la denominación –art. 1 RDL 10/2011–. En este espacio regulador, las principales novedades residen en la ampliación extrema de la edad que permite «beneficiarse» de este contrato, que pasa, con carácter general a la máxima de 25 años –antes era 21, salvo ciertas excepciones, que ahora desaparecerían por convertirse en regla general; art. 11.2 a) ET– y de forma transitoria –hasta 31 de diciembre de 2013, disp. trans. segunda– a 30 años. Por tanto, la preocupación por el desempleo juvenil llevará a «mutar en jóvenes aprendices» a personas en edad de trabajar y hasta los 33 años. De este modo, no solo se retrasa la edad de jubilación, a través de la reforma del sistema de pensiones –Ley 27/2011–, sino también la edad de maduración laboral, eso sí, a cambio, al menos para las políticas de empleo, se sigue siendo «joven aprendiz» hasta los «treinta y tantos». El mayor interés de este contrato para los empresarios, una vez que la cuestión de la formación teórica se «exterioriza» a los centros acreditados por el Sistema Nacional de Empleo y se remite su regulación a un desarrollo reglamentario, con el efecto de incertidumbre consiguiente sobre esta situación, es la ampliación del incentivo económico para su celebración, pues, según el tamaño de la empresa, puede ser del 100 por 100 –«cuota cero»– o del 75 por 100 –art. 2 RDL–.

b) La «suspensión» por dos años, a contar desde la entrada en vigor de la norma, de la regla de estabilidad del empleo que fija el artículo 15.5 del ET –art. 5 RDL–, con la consiguiente «congelación» –opción de política de empleo demasiado característica de este tiempo– de las reformas de control de la temporalidad abusiva introducidas tanto en 2006 como, incluso, en 2010. Esta reforma, que se incluye dentro del grupo de las «medidas de fomen-

to de la contratación», evidencia un clarísimo cambio de rumbo del discurso y de la política oficiales en materia, por cuanto supone un retorno a la contratación temporal como política de fomento del empleo, cuando desde el año 1997 buena parte de las reformas se orientaron en sentido contrario, cierto que con un limitado éxito hasta que la crisis «ha ayudado» al objetivo, pero no con la creación de empleo estable sino con el desempleo de los trabajadores con contratos temporales. En consecuencia, la previsión, al margen de los problemas interpretativos que presenta, como veremos, supone un auténtico «jarro de agua fría» para los lentos y fatigosos intentos de racionalización de nuestro mercado, pues, con crisis o sin ella, uno de los problemas más marcados del mercado de trabajo español es el exceso de temporalidad. Por lo tanto, la medida no puede ser más anómala jurídicamente y, desde luego, más contraproducente para el objetivo de promover un «nuevo modelo productivo», de nuevo desmentido.

2. Las reformas que tienen un sentido de estricto «**aplazamiento**» de medidas a introducir en nuestro ordenamiento para cumplir con mandatos legales previos y que, de este modo, evidencian la desconfianza del Gobierno en su eficacia, pese a proponerlas él como un gran avance.

Amén de la debilidad que sufren estas medidas en el fondo, ante el continuo retraso en su implantación, opciones de técnica legislativa de este tipo fomentan la propia desconfianza en el sistema y en el valor normativo de las leyes contemporáneas, pues solo tienen contenidos programáticos que, además, apenas vinculan al Gobierno, que suele ser el principal llamado a su cumplimiento, pues este puede continuamente, a través de reales decretos-leyes, retrasar la realización de mandatos legislativos. Este es el caso de esa medida ofrecida, en la reforma operada por la Ley 35/2010, como modélica para una ordenación equilibrada de la gestión flexible del empleo: la creación de un «Fondo de Capitalización Individual» para facilitar la transición entre empleos y situaciones por las que pueda atravesar el trabajador a lo largo de su vida o trayectoria profesional, conforme preveía la disposición adicional décima de la Ley 35/2010 en su redacción originaria. Conforme a la previsión originaria este Fondo de Capitalización debía estar operativo a *1 de enero de 2012*. Pues bien, ahora, como otra «medida de fomento de la contratación» –se supone que la regulación de este tipo de instituciones facilitará la flexibilidad de gestión, tanto interna como externa, y, por tanto, animará la contratación laboral–, el artículo 3 del real decreto-ley da una nueva redacción a aquella disposición adicional décima que, en última instancia, no significa sino abrir profundas dudas sobre si alguna vez verá la luz esta previsión legislativa, pues se prevé como horizonte de funcionamiento, por ahora, el *1 de enero de 2014*.

No obstante, y dada la importante incidencia que para la solvencia del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) está teniendo la regla que le atribuye, tras la reforma operada por la Ley 35/2010, una parte de la indemnización por despido en caso de despido económico ex artículo 52 del ET, aún calificado por el juez –o reconocido por el empleador– como improcedente, se introduce –art. 3, dos RDL– en este contexto una reforma en la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010. Con ella se quiere excluir la responsabilidad del FOGASA en la asunción de la indemnización de ocho días por aquella extinción cuando el despido sea improcedente, esto es, salvando este eufemismo, cuando no tenga causa legal, reintroduciendo un poco de racionalidad jurídica en un ordenamiento, de nuevo, caracterizado por las profundas anomalías jurídicas, tan solo justificadas por su utilidad económica para el emplea-

dor. Asimismo, se modifica el apartado 7 de aquella disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, a fin de poner un plazo o término final para esta regla de asunción por el FOGASA de aquella parte de la indemnización en caso de despido económico para los nuevos contratos indefinidos. Precisamente, los problemas financieros que se derivan para el sostén del FOGASA a raíz de la crisis están en la base de diferentes medidas adoptadas, para garantizar tanto su solvencia como la racionalidad de gestión, en diversas disposiciones del real decreto-ley –disp. adic. cuarta y disp. final primera, respectivamente–.

Sin embargo, estas medidas de racionalización jurídica y económica de nuestro sistema no entrarán en vigor de inmediato, sino que quedan aplazadas. La primera, la exclusión de la responsabilidad pública por el pago de una parte de indemnizaciones por despidos sin causa legítima, entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2012. La segunda, la terminación de esta regla, se prevé para el 31 de diciembre de 2013, fecha hipotética –más bien profética– de creación, en su caso, del Fondo de Capitalización.

3. Las reformas de mera «**prórroga**» de medidas de políticas de empleo, pasivas y activas, pese a su dudosa eficacia, menor en unos casos y mayor en otros, y su constatado agotamiento. De este modo, se evidencia, en todo caso, la falta de ideas innovadoras para corregir los problemas estructurales del mercado de trabajo español, así como las lagunas de protección de nuestro sistema para los desempleados de larga duración. Esta orientación se encuentra en las dos siguientes prórrogas:

a) De una medida de política pasiva de empleo, aunque se hace pasar por instrumento de activación de la misma: una nueva prórroga del «Programa PREPARA». Así, el artículo 6 del real decreto-ley prorroga por unos nuevos seis meses la aplicación del programa previsto en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, que supuso, desde el ámbito de la política de fomento de la contratación que también incorpora, un primer aldabonazo para el retorno del favor por la contratación temporal –además de parcial–. Ese precepto diseña el derecho a acceder a un programa de recualificación profesional de las personas desempleadas para mejorar, de modo eficaz, su empleabilidad. Pero, como todos sabemos, realmente encubre tan solo un condicionante para legitimar el reconocimiento de una «ayuda asistencial» –la financiación corre a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), que en todo caso está limitada por el omnipresente principio de estabilidad presupuestaria; disp. adic. primera– para que puedan «sobrevivir» quienes ya han agotado su protección por desempleo, sea contributiva o asistencial. El agotamiento de ideas es aquí especialmente visible, y preocupante.

b) De una medida de política activa muy arraigada, pues data de 1997, como es la «conversión de contratos temporales en contratos indefinidos» –art. 4 RDL–. A tal fin, como medida de fomento de la contratación –capítulo II–, en este caso indefinida, se modifican las letras b) y c) del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, a fin de ampliar los plazos en los que se permiten celebrar contratos de fomento de empleo indefinido para trabajadores previamente contratados en la empresa como temporales, ya sea antes del 28 de agosto de 2011 –en cuyo caso la conversión debe hacerse antes del 31 de diciembre de 2011–, ya con posterioridad a dicha fecha –en cuyo caso la conversión debe producirse antes del 31 de diciembre de 2012–. En todo caso, el apartado dos del

artículo 4 recuerda la vigencia, que no se modifica, del artículo 1.7 del Real Decreto-Ley 1/2011, que permite la transformación de los contratos fomentados en él –contratos a tiempo parcial y temporal para jóvenes y parados de larga duración– en contratos indefinidos «cualquiera que sea la fecha de la transformación», siempre y cuando se produzca «antes del transcurso de los 12 meses siguientes al de la contratación inicial».

4. Las *reformas de racionalización de la organización y funcionamiento*, incluida su financiación, de los organismos público-administrativos de gestión de prestaciones y servicios vinculados a las medidas de empleo reguladas en el real decreto-ley. En este caso, se trata de reformas instrumentales, por tanto accesorias, aunque necesarias sin duda, en el sistema de gestión de las políticas de protección frente al desempleo para mejorar su eficacia.

De ahí que tengan ubicación fuera del cuerpo legislativo, ocupando diversas disposiciones adicionales y finales. Como era previsible, estos cambios afectan tanto al FOGASA como al SPEE, hoy entidades gestoras diversas pero «mañana» –en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la reforma– integradas en un único organismo gestor, si se cumple lo previsto en la disposición final primera del real decreto-ley. En tanto, respecto del primero se prevén acciones para garantizar la solvencia, ante la sobrecarga financiera que está experimentando con la crisis económica y la multiplicación de despidos y reestructuraciones empresariales –disp. adic. cuarta–, y respecto del segundo, mejoras en el funcionamiento de las notificaciones que realiza el organismo, incluida la creación de un «Tablón Edictal» –disp. adic. tercera–.

Claramente asistemática y, por tanto, «extravagante» en este diseño global del real decreto-ley, pero desde luego saludable por ser una reforma netamente de mejora del sistema de protección social, queda la ya referida nueva modificación de la Ley 32/2010, relativa al sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. En el comentario de la misma le daremos un tratamiento singularizado, como merece.

3. REFORMAS DE «REBAJA» DE LOS ESTÁNDARES DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: «UN NUEVO TROPIEZO CON LA MISMA PIEDRA»

3.1. Tiempos nuevos, soluciones viejas: enésima resurrección del «contrato de aprendizaje»

Nadie duda de que los problemas del mercado laboral español no son solo de tipo cuantitativo –la altísima tasa de desempleo existente oficialmente en nuestro país (entre el 19 y el 20%)– sino también cualitativos, dado el desigual reparto del desempleo tanto por territorios como, y lo que es peor, por personas y colectivos. De modo que el desempleo se reparte de forma desigual, incidiendo de manera desproporcionadamente más negativa en ciertos colectivos, como el de las personas jóvenes, respecto de otros. Por eso, no solo es una conveniencia sino una absoluta necesidad introducir políticas que corrijan ese desigual reparto del desempleo, favoreciendo la contratación de tales personas mediante un adecuado sistema de incentivos. La realidad de la juventud en nuestro país es que más de un millón y medio de desempleados tienen menos de 30 años y, paradójicamente en una épo-

ca en la que se presume recurrentemente de disponer de la «generación de jóvenes» mejor formada de la historia de España, más de la mitad de esa cifra de «jóvenes desempleados» no tienen ni una formación mínima obligatoria. Estos datos son incuestionables, y por tanto esta constatación hecha en el preámbulo del real decreto-ley es irreprochable.

Ahora bien, lo que ya es mucho más dudoso es que una medida adecuada de fomento del empleo juvenil sea la de dar más facilidades para su contratación temporal y ampliar hasta una edad inverosímil el concepto de «joven». En buena medida estas son las recetas, muy conocidas, que quiere aplicar el real decreto-ley. Una vez más una norma laboral «coyuntural» recurre al antiguo —y anticuado— «contrato de aprendizaje» para paliar la situación. Así, de inicio, y como tantas otras veces, desde el cambio de la denominación se quiere generar la imagen de una nueva regulación. De ahí que la actual denominación de «contrato para la formación» pase a llamarse: «para la formación y el aprendizaje». Se mezclan, pues, términos nuevos y viejos, para más confusión.

Esta pretensión renovadora aparece igualmente en la propia delimitación textual del objeto del contrato. Aunque tampoco la nueva redacción hace variar su objeto sustancial, pues más que la «cualificación profesional» de los jóvenes trabajadores alternando de modo programado la actividad laboral retribuida con actividad formativa, que es lo que formalmente establece, busca incentivar la «inserción de los jóvenes» en el mercado de trabajo, primando la necesidad de su empleo sobre la calidad, e incluso efectividad, de su formación y sobre todo de la mejora de su patrimonio profesional.

Por eso, los sindicatos acusan con vehemencia al Ministerio de Trabajo de volver a las andadas, mutando un «contrato de trabajo» en un nuevo «contrato de empleo basura». El ministro trata de defenderse como puede, sin duda más bien como «gato panza arriba», negando que pueda hablarse de «empleo basura» porque, en el caso del «nuevo contrato de aprendizaje», la acción protectora de la Seguridad Social abarca todas las contingencias y prestaciones, incluido el desempleo.

El punto de partida de esta primera medida de fomento de empleo juvenil es muy conocido, tanto como cuestionable. En efecto, se acepta como una verdad que no admitiría contradicción el que toda «mejora de las oportunidades de empleo está directamente relacionada con el nivel de cualificación de las personas». Se sacraliza, así, el dogma de la llamada teoría del «Capital Humano», hoy tan en boga, según la cual el gasto en formación representaría el mejor activo para el empleo, de modo que todo recurso que se dedique a ella se convierte en una inversión para la empleabilidad.

No vamos aquí a entrar en un análisis crítico, ni siquiera sucinto de tal aserto, de cuya rotundidad conviene dudar a tenor de los miles de jóvenes con elevada formación que no encuentran trabajo y, sobre todo, que no lo encuentran en relación con la actividad para la que se han formado. En este ámbito, tan solo cuestionaremos que esta mejora de las oportunidades de empleo pase por una nueva regulación del contrato formativo que no aporta grandes novedades en realidad, sino que lo consolida como lo que ya viene siendo desde hace años, y con escasísimo éxito, un «contrato de inserción ocupacional».

Afirma la exposición de motivos del real decreto-ley que con el nuevo régimen supera «la concepción tradicional del contrato para la formación, que queda derogado», configurando un «nuevo contrato para la formación y el aprendizaje». Con él se quiere, de un lado, «dotar de cualificación profesional acreditada» a todos los «jóvenes» que carezcan de ella, de otro, asegurar un «trabajo efectivo

en una empresa directamente relacionado con la formación que está recibiendo», a fin de favorecer una mayor relación entre esta y el aprendizaje en el puesto de trabajo. Para ser creíbles estos objetivos no bastará, entendemos, un simple cambio de nombre, que además no hace sino arrastrar las viejas denominaciones y yuxtaponerlas,¹ evidenciando la absoluta indecisión del Gobierno. Además, habrá que encontrar en el nuevo régimen jurídico, así como en el sistema de incentivos propuestos para su fomento, algunas novedades que sean capaces de proceder a tan significativo cambio. Vaya por delante que estamos ante una aspiración que toda reforma laboral ha asumido y que, lamentablemente, todavía ninguna ha conseguido, ni de lejos. ¿Acaso no será esta la definitiva, la buena?

Mucho me temo que no, si acaso cosechará el mismo fracaso que las demás, si no más. Por varios motivos, que evidencian cómo se dice una cosa para conformar el espíritu de la ley y luego se hace otra bien diferente en su letra. Un desajuste que nos lleva a corroborar que no hay una auténtica preocupación formativa en esta nueva reforma sino la estrictamente ocupacional, pues la causa de este contrato no es sino la de buscar desesperadamente una regulación de incentivo para el empresario que haga del «contrato de aprendizaje» una vía –¿«moderna»?–² de acceso de los jóvenes al empleo, de forma que se maquille de algún modo tan lacerantes cifras de desempleo de aquellos. La causa ocupacional de nuevo disuelve su objeto formativo.

El «primer torpedo» a la línea de flotación del argumento gubernamental que la reforma lanza reside en la **edad de los trabajadores** con los que puede concertarse este contrato. La medida persigue fomentar el «empleo juvenil», según una lógica clásica del mismo, pues, aún con excepciones, este contrato se dirigía a menores de 21 años.

Sin embargo, ahora se prevé que la regla excepcional se convierta, una vez más, y confirmando que vivimos en estos dos últimos años en un nuevo «Estado de Excepción Laboral», en regla general, de manera que el contrato se puede celebrar con jóvenes mayores de 16 años y menores de 25 que no alcancen el nivel formativo mínimo exigido para el contrato en prácticas. Pero no acaba ahí la anomalía jurídico-laboral que supone mantener contratos de «aprendizaje» para personas de 28 años. De forma transitoria –hasta el 31 de diciembre de 2013–, se dice, el límite máximo de edad se eleva hasta los 30 años, lo que significa que el contrato podrá prorrogarse hasta los 3 años de duración –duración mínima de 1 año (antes era 6 meses) y máxima de 2, prorrogables por otros 12 meses más–,³ con lo que hallaremos que la norma laboral obra «el milagro» de mantener como «joven

¹ La disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 10/2011 ordena que todas las referencias al antiguo contrato para la formación se tengan hechas al nuevo contrato de formación y aprendizaje, aunque el régimen jurídico aplicable, en función de la disposición transitoria primera, sea el de la anterior regulación, por estar concertados antes de la entrada en vigor del real decreto-ley. Lo mismo se dice para las cotizaciones sociales.

² Recuérdese que la reforma laboral del también «negro bienio» 1993-1994 volvió a la denominación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, la de «contrato de aprendizaje».

³ En un intento, sin duda completamente fallido por la amplitud y discrecionalidad de las situaciones que contempla, de introducir seguridad jurídica, la letra c) del artículo 11.2, inciso final, enumera las causas que pueden permitir la prórroga por 12 meses, listando tres supuestos, dos relativos a las razones de la persona contratada y otro atendiendo a las razones productivas de las empresas:

1. En atención «a las necesidades del proceso formativo del trabajador», si bien «en los términos que se establezcan reglamentariamente»;
2. «En función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas», en este caso «de acuerdo con lo dispuesto en convenio colectivo», y
3. «Cuando se celebre con trabajadores que no hayan obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria (ESO)».

aprendiz» a personas con 33 años. Una vez más la justificación para consagrar en el corazón del ordenamiento laboral la más fragante anomalía jurídica es puramente sociológica: dentro de este grupo de edad hay en este momento –argumento coyuntural, pero que es recurrente en el tiempo– un déficit de cualificación profesional causante del elevado desempleo de este colectivo.

La segunda carga de profundidad contra el argumento del Gobierno, que trata de diferenciar entre «empleo temporal» y «empleo precario», se sitúa en el régimen salarial. En efecto, la retribución del trabajador durante toda la vigencia del contrato se fija en proporción al tiempo de trabajo efectivo que, tras la reforma, ya no será del 85 por 100 sino del 75 por 100 de la jornada, sin que en todo caso pueda ser inferior a la parte proporcional del SMI. Pues bien, aquí hay un cambio significativo, en la medida en que antes de la reforma este régimen salarial solo se mantenía para el primer año, de modo que en el segundo año el salario era el que el convenio colectivo fijaba para su categoría.

La tercera cuestión que genera dudas sobre el sentido de la reforma la hallamos en la extraordinaria incertidumbre que pesa sobre el aspecto de la «formación», lo que nos confirma que no es esta dimensión la que realmente preocupa en el nuevo régimen, sino la «inserción por el empleo». En efecto, siendo la formación la clave de bóveda de todo el contrato, esta se atribuye ahora de modo pleno a centros especializados externos, de manera que tanto la actividad como realmente el coste –que es un objetivo también buscado por la regulación en esta materia, aunque no se proclame tan abiertamente– sea «socializado». Por lo tanto se mantiene la prohibición de impartir la formación teórica en el mismo puesto de trabajo. Así, el real decreto-ley establece que el trabajador deberá recibir la **formación** inherente al contrato directamente en un centro formativo previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. Se prevé de modo expreso, como no podía ser de otro modo, que la actividad laboral se relacione con las actividades formativas, que deberán iniciarse en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la celebración del contrato, salvo que el trabajador no tenga la Educación Secundaria Obligatoria (ESO). En este caso la formación se centrará en la consecución de esta titulación.

Ahora bien, tan capital cuestión suscita algunos interrogantes mayores. De un lado, se autoriza a que haya un plazo de cuatro meses de desajuste entre el inicio de la relación laboral y el derecho a percibir una formación teórica adecuada, por lo que el aprendizaje inicial se sostiene sobre la actividad en el puesto de trabajo. De otro, y quizás peor, se deja, una vez más, para el posterior desarrollo reglamentario el saber cómo se va a organizar esta formación. Por tanto, será la potestad reglamentaria la que fije el sistema de impartición y las características de la formación. A mi juicio, la incoherencia de la norma con el fin proclamado –no así con el real, también expresado, la inserción por el empleo como sea–, es mayúscula: mientras que desde el primer día de vigencia de la norma pueden celebrarse estos contratos,⁴

⁴ Para las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo –programas derogados formalmente por el Real Decreto-Ley 3/2011, como se recordará, pero en vigor hasta que se apruebe la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo–, es posible continuar con la regulación anterior en caso de que mantengan convocatorias vigentes. *Vid. Artículo Único Resolución de 31 de agosto de 2011*, del SPEE –se dicta en desarrollo de la habilitación disp. final tercera–, por la que se determina el régimen transitorio de la utilización de los contratos para la formación en tales programas. En este ámbito conviene tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE de 20 de septiembre), en el paroxismo de la legislación «deslocalizada» y «desatada», ha añadido una disposición adicional decimonovena al ET. En ella se recoge, por un lado, el régimen transitorio de aplicación de los contratos para la formación en los proyectos de Escuelas taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, así como en aquellos promovidos por las comunidades autónomas pendientes de aprobación con base en las convocatorias efectuadas con

la formación teórica puede aplazarse hasta cuatro meses y, en cualquier caso, su contenido queda incierto hasta un futuro reglamento. Será este el que fije, de momento no sabemos cómo, todas las cuestiones formativas –qué programas o cursos específicos deben impartir los centros, cómo se va a convalidar la formación recibida para obtener el título de ESO o los certificados de profesionalidad–. Según la disposición final segunda del real decreto-ley, el desarrollo debe estar antes de finalizar el año.⁵

Puede pensarse que la mayor seriedad del interés legal por la formación también tiene reglas en que asirse. La primera, en un plano institucional, el que se cuida de una manera más particular la calidad de los centros formativos, por cuanto deben pertenecer a una red especializada, en el marco de lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, y estar acreditados.⁶

La segunda, y en coherencia con la anterior, es la previsión expresa de que la actividad formativa realizada debe ser objeto de acreditación oficial. Así, la letra e) del artículo 11.2 del ET prevé que la competencia profesional adquirida por la vía del contrato será objeto de acreditación, de conformidad con la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, relativa a las Cualificaciones y a la Formación Profesional, y en sus imponentes e incesantes normas de desarrollo. A tal fin, el trabajador está facultado para solicitar la expedición del correspondiente «certificado de profesionalidad», «título de formación profesional» o, en su caso, «acreditación parcial acumulable» –modular–.⁷

La tercera regla de renovada seriedad formativa pretendida para esta relación de empleo temporal sería contractual y referiría a la ampliación del periodo formativo teórico y la reducción del periodo de trabajo efectivo máximo. Si antes de la reforma el máximo podía estar en el 85 por 100 de la jornada total del trabajador en formación, ahora se prevé que no pueda superar el 75 por 100 de la jornada máxima prevista en convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal [letra f) art. 11.2 ET]. El trabajador con este tipo de contrato no podrá llevar a cabo horas extras, salvo aquellas derivadas de fuerza mayor, ni realizar trabajos nocturnos ni a turnos.

Finalmente, y pese al continuo discurso gubernamental a favor de promover una flexibilidad interna negociada, por tanto una continua implicación colectiva, la nueva regulación hace desaparecer cualquier referencia explícita a la **capacidad reguladora de los convenios**. Con la anterior redacción del artículo 11.2 del ET se permitía a los convenios establecer el número máximo de contratos para la formación que podían realizarse en función del tamaño de la plantilla. Sin embargo, ahora

anterioridad a 31 de agosto de 2011 y, por otro, la inaplicación de los límites de edad y duración previstos en el artículo 11.2 a) y b) del ET para los contratos para la formación y el aprendizaje cuando estos se suscriban en el marco de las políticas activas de empleo. Una vez más perentorias, y extremadamente genéricas, «razones de políticas activas de empleo» sirven para excepcionar, sin apenas garantías de control ni de éxito –eficacia–, las «razones» del Derecho del Trabajo, hasta desembocar en la más plena irracionalidad jurídica... Eso sí, todo sacrificio siempre en nombre del noble Evangelio del empleo, aunque, de nuevo, «prometer» no sea «dar trigo».

⁵ El apartado 2 de esta disposición adicional segunda habilita al Gobierno para «adaptar la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje» a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, a fin de «favorecer las oportunidades de empleo y de formación» de estos colectivos.

⁶ En este ámbito existe un extenso y abigarrado entramado normativo que ordena las acciones de formación. Destacan el Real Decreto 395/2007, regulador de la formación profesional para el empleo, que dedica un artículo específico a esta modalidad –art. 27– y el Real Decreto 1224/2009, de reconocimiento de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, así como el Real Decreto 34/2008, por el que se regulan los certificados de profesionalidad.

⁷ Debe tenerse en cuenta la reciente publicación del Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

esta decisión se deja al criterio único del empresario, por lo que queda en entredicho la función de «control» de la negociación colectiva en este aspecto.

Ahora bien, una vez más surge la duda de si estamos ante una «norma imperativa», una norma de orden público económico, que deja en manos del empleador la decisión del número de este tipo de contratos, lo que iría de acuerdo con la pretensión de la reforma de ampliar el número de contratados por esta vía ante la situación excepcional de desempleo «juvenil», o se trata de una norma que admite la intervención convencional, que no necesita habilitación para poder regular estas condiciones de empleo, conforme al artículo 85 del ET con relación al artículo 37 de la Constitución Española. A este respecto, es de todo punto obligado recordar que la reforma no ha olvidado referir al papel de control flexible de la autonomía colectiva, por cuanto que ha recogido expresamente como un supuesto de prórroga de la duración del contrato de empleo formativo y aprendizaje lo que a tal fin pueda disponer el convenio colectivo aplicable, atendiendo primariamente a las «necesidades organizativas o productivas de las empresas».

En suma, la autonomía colectiva sigue teniendo un papel importante a la hora de flexibilizar el uso de este tipo de contrato por parte del empleador, si bien una vez que está concluido. Por eso, entiendo que no es un ejemplo muy halagüeño de la «nueva flexibilidad buscada» ignorar el papel eventual del convenio en la determinación del número máximo de contratos de este tipo a llevar a cabo en la empresa, aunque resulte coherente con la voluntad de eliminar cualquier límite a la contratación temporal de los jóvenes sin cualificación profesional adecuada que exista a día de hoy.

Ciertamente, la **acción protectora de la Seguridad Social** del trabajador sigue abarcando todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. También se tendrá derecho a la cobertura del FOGASA. Ahora bien, esa garantía se debe a la asunción por el sistema de sus costes realmente, porque ni trabajador—que tiene una reducción del 100% de sus cuotas durante toda la vigencia del contrato de trabajo—, ni sobre todo el empleador, asumirán coste alguno por este concepto.

Asimismo, y de nuevo transitoriamente—hasta el 31 de diciembre de 2013—, la empresa que celebre estos contratos con trabajadores mayores de 20 años e inscritos en la oficina de empleo con anterioridad al 16 de agosto de 2011, tendrá derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una **reducción de todas las cuotas empresariales** a la Seguridad Social del 100 por 100—coste cero— si su plantilla es inferior a 250 personas—más del 95% de las empresas—, y del 75 por 100 si su plantilla es superior. Así se prevé en el artículo 2.1 del real decreto-ley. De este modo, se mantiene la regla de incentivo de la contratación por las pymes variable en atención a la dimensión de la empresa, como ya hiciera el reciente Real Decreto-Ley 1/2011.

En todo caso, debe recordarse que se mantiene la exigencia de que para tener derecho a esta reducción, el contrato o contratos formalizados deberán conllevar un incremento de la plantilla de la empresa. Para el cómputo de tal incremento se remite a la regla ya fijada en el artículo 1.9 del Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

También como «beneficios sociales» para las empresas se atiende la contratación indefinida de estos trabajadores, de modo que a aquellas que a la finalización de los contratos para la formación

y el aprendizaje los transformen en indefinidos tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año (1.800 si se trata de mujeres) durante tres años.

En suma, la desfiguración del contrato para la formación y su mutación en un contrato de inserción ocupacional de un amplísimo colectivo de personas sin una adecuada cualificación es ya plena en esta reforma. Aunque tampoco puede decirse que eso sea ninguna novedad por el proceso evolutivo de esta modalidad contractual, ahora sí se expresa, quizás por la desorientación tan profunda que reina en las políticas de empleo en el país, quizás por la desesperación o la impotencia ante tan grave situación, de forma clara por el propio Gobierno. En cualquier caso, de todos es sabido que el nivel de incremento del porcentaje de contratos de esta modalidad es más que escaso, por lo que difícilmente por esta vía se conseguirán reducir los insoportables niveles de desempleo «juvenil». Siendo certero el diagnóstico que expresa la norma comentada, sus terapias no solo resultan inocuas sino, lo que es peor, inicuas.

3.2. La «congelación» de la regla de control del encadenamiento de contratos: ¿«barra libre» de contratación temporal?

La contratación indefinida es un valor, cierto que, desde hace tiempo, en desuso. Desde luego la Ley 43/2006, pero también la más reciente y polémica Ley 35/2010, tenía como razón principal, al menos en el discurso oficial –que suele alejarse mucho de la realidad práctica–, el fomento del «empleo de calidad», esto es, el empleo estable.

Esta orientación de política de contratación laboral y de empleo es necesaria en nuestro país. Si antes vimos que un problema cualitativo de nuestro mercado de trabajo es el desigual reparto del desempleo entre personas –y territorios–, otro grave problema cualitativo de nuestro sistema de contratación, y por contaminación de nuestro sistema social, es la «dualidad de nuestro mercado laboral». En este sentido, la extremada temporalidad ha venido siendo una grave lacra que la reforma quiso corregir, más allá de la corrección «natural» que supuso la drástica caída del empleo –pues «muerto el perro» (eliminados los empleos), «se acabó la rabia» (se reduce la temporalidad, sin remisión)–.

Cierto que nunca hubo una confianza excesiva al respecto. Primero, porque las medidas más destacadas buscaban directamente favorecer el despido por causa económica, proporcionando tanto un régimen más flexible para la decisión empresarial como un coste menor –asunción de ocho días de la indemnización a cargo del FOGASA, por tanto de fondos públicos–. Segundo, porque las medidas que sí buscaban desincentivar la contratación temporal quedaban aplazadas en su entrada en vigor varios años. Así sucedió con la regla de penalización de la contratación temporal a través de un incremento progresivo de la indemnización por cese, de modo que para principios del 2015 estuviera prácticamente equiparado el coste de ruptura entre ambas modalidades de contrato laboral, el indefinido –20 días de salario por año de servicio siendo a cargo del empleador solo 12– y el temporal –12 días de salario por año de servicio–.

No obstante, sí que la reforma laboral de 2010 contenía alguna medida que se orientaba a frenar la contratación temporal. Así, sucede tanto con la regla de conversión en indefinido de todo contrato de obra o servicio que supere los 3 años –o 4 si había regla convencional que así lo estableciese–, según

el artículo 15.1 a), cuanto con la regla de perfeccionamiento del control preventivo de la contratación temporal abusiva, conforme a la nueva redacción del artículo 15.5 del ET. En síntesis, se recordará que este último precepto establece que adquirirían la condición de fijos aquellos trabajadores que, en un plazo de 30 meses, hubieran estado contratados durante más de 2 años –24 meses–, con o sin solución de continuidad, para el mismo «o diferente» puesto con la misma empresa «o grupo de empresas» mediante dos o más contratos temporales.

La regla no es novedosa como se sabe, pero sí que supone una importante mejora respecto de la versión original, de modo que se cerraban algunas vías de escape que suscitaba la redacción inicial. Pues bien, ahora, y siguiendo aquella máxima del «buen gobierno autoritario», de «donde dije digo, digo Diego», el Gobierno «vuelve la grupa» y congela, también aquí, la regla en su totalidad. Por eso, no ha dudado en meter la tijera y ha decidido suspender durante dos años la aplicación de dicho artículo 15.5.

Cierto, defiende el Gobierno que esta reforma es solo una «suspensión», no una «derogación», pues no se elimina. Por lo que hace al fondo, el Gobierno no tiene reparo en reconocer que en la práctica esta regla no ha fomentado la contratación indefinida, pero sí ha eliminado contrataciones temporales por el temor empresarial a verse «sancionados» con la indefinición de un contrato que para ellos es puramente temporal.⁸

El artificio técnico puede ser bien entendido por un especialista jurídico, pero dudo yo mucho que, bajando a la práctica, ningún trabajador que lleve más de dos años encadenando contratos en un periodo de dos años y medio, comprenda la diferencia. No obstante, la regla tiene más análisis que el que plantea una lectura superficial, y no dejará de suscitar interesantes cuestiones jurídico-prácticas, relativas a su alcance real, sobre todo respecto de las reglas convencionales.

Atendiendo a su tenor literal, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011 reza del siguiente modo:

«Se suspende, durante el periodo de los dos años siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del ET.»

Explicitada el significado «meramente suspensivo», por tanto «no derogatorio», de la cláusula legal, a diferencia de lo previsto para cierto sector de la contratación, como el del empleo temporal universitario y/o científico-técnico,⁹ dos cuestiones aplicativas, al menos, nos suscita su redacción

⁸ La regla que da lugar a la adquisición de la condición de trabajadores fijos por aquellos que, en determinados plazos y condiciones, encadenen contratos temporales fue establecida en 2006, durante un momento de expansión económica, «para favorecer la estabilidad en el empleo. En la actual coyuntura, la regla, lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo, lo que aconseja su suspensión temporal» –exposición de motivos RDL 10/2011–.

⁹ Conforme a la disposición adicional decimoquinta del ET, en la redacción dada por la Ley 35/2010, que como se ve «ya apuntaba maneras» que luego se convertirán en práctica general en el Real Decreto-Ley 10/2011, lo dispuesto en el artículo 15.5 del ET no es de aplicación ni a las modalidades particulares del contrato de trabajo de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades –LOU–, ni, lo que es incomprensible desde un principio de mínima racionalidad normativa, en cualesquiera otras normas con rango de ley. La existencia de estas excepciones a la regla general de control preventivo del abuso, mediante la limitación del encadenamiento de contratos temporales, es confirmada por la disposición adicional vigesimotercera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación –Ley de la Ciencia–. Primero fueron, pues, los contratos de investigación científica y actividad técnica, y ahora se extiende a todos los contratos temporales, eso sí, para estos «solo» durante dos años, de momento, para aquellos sine die, de momento también, claro.

legal, pues, pese a su aparente sencillez, para nada queda claro su alcance. La primera hace referencia a su efecto en las diversas reglas de control del uso correcto del contrato temporal. A este respecto, quizás muchos han querido ver en la norma legal un claro mensaje: «Coto privado de contratación. Queda abierta la veda para contratar, si bien por dos años, cuantos temporales quiera y como quiera. Aproveche, pues, su oportunidad, solo estará disponible dos años».

Ahora bien, es evidente que tanto desde un criterio de interpretación literal como desde otro sistemático la suspensión afecta tan solo a la técnica de control preventivo del abuso de la contratación, esto es, a la adquisición de la condición de fijo tan solo por el transcurso de los plazos previstos en la norma, pero no a las reglas clásicas de control de la contratación fraudulenta. El real decreto-ley no ha querido, ni podría –aunque se lo propusiera–, suspender válidamente la aplicación del artículo 15.3 del ET, que presume el carácter indefinido del contrato de trabajo en fraude de ley, teniendo vigencia o efecto desde el primer día de la contratación primera de la serie o secuencia acreditada como fraudulenta. Como es natural, esta regla de control judicial de la corrección de la práctica de contratación temporal empresarial requiere la prueba suficiente, en el proceso judicial correspondiente, del abuso o fraude. Por lo tanto, son las reglas de control preventivo del abuso de la contratación, a través del encadenamiento excesivo –al margen de su corrección o no– de contratos, no las de control reactivo, las afectadas.

Por eso, tampoco puede entenderse en modo alguno afectada la previsión del artículo 15.1 a) del ET, introducido también por la Ley 35/2010, según el cual los contratos de obra o servicio determinado no podrán tener una duración superior a tres años –o a cuatro si así lo prevé el convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial inferior–. De modo que todos aquellos que excedan de ese plazo darán lugar a la adquisición por el trabajador de la condición de fijos, salvo que concurran, una vez más, las excepciones previstas en la propia norma para empleos públicos vinculados a la actividad universitaria e investigadora, pese a ser este un ámbito donde tales contratos proliferan de forma extrema, a menudo indebida.¹⁰ En lo que a nosotros concierne, llama la atención que el legislador haya dejado esta regla sin afectar por la regla de la suspensión, pues concurren las mismas razones limitativas en teoría del recurso a esta contratación temporal, que es la más utilizada en nuestro sistema. A este respecto, sabidas son las críticas desafiadas que ciertos sectores de las organizaciones empresariales lanzaron contra esta regla.

La segunda cuestión interpretativa, a mi juicio más polémica y más difícil de resolver es la relativa a los efectos que esta suspensión puede tener en las «cláusulas convencionales» que hayan fijado sus propias reglas de limitación del encabalgamiento de contratos, estableciendo la cualidad de fijeza una vez traspasados los periodos que se hayan podido establecer por la autonomía colectiva. Qué duda cabe de que se abren dos interpretaciones, ambas perfectamente posibles. La primera, maximalista respecto de sus efectos, se concreta en atribuirle un alcance general a la suspensión, configurándose como una suerte de «regla de orden público económico-laboral», que no sería afectable por la autonomía colectiva. En esta comprensión, quedarían igualmente en suspenso, que no derogadas claro está, las cláusulas convencionales que fijaran reglas de este tipo, como ha venido sucediendo en un cierto número de convenios colectivos, tanto antes de la regla legal como con posterioridad. En consecuencia, también las reglas de origen convencional se verían afectadas por una

¹⁰ Para una posición favorable al recurso a estos contratos en el marco de centros de investigación STS, 4.^a, de 6 de marzo de 2009, en relación con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

suspensión sobrevenida, sin que puedan los sujetos convencionales alterar este efecto, por la primacía de la fuente legal y su pretensión de aplicación generalizada e imperativa.

Sin embargo, a mi juicio, hay una segunda lectura del precepto, tan posibilista y bien fundada como la anterior. Más aún, en mi opinión esta debe ser la más acertada. Me refiero a la inteligencia del precepto como regla suspensiva de la previsión legal, pero no de las eventuales cláusulas convencionales que puedan eventualmente existir y que no se limiten a un enunciado por simple remisión formal o material al artículo 15.5 del ET. Varias razones podrían esgrimirse para fundamentar esta posición interpretativa. De un lado, el referido criterio literal, a usar en primer lugar como pauta interpretativa según el artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, la norma de reforma solo suspende la regla prevista en el artículo 15.5 del ET, sin más previsión, por lo que dado que se trata de una regla que limita derechos constitucionales –el de la estabilidad en el empleo inherente al derecho al trabajo ex artículo 35 de la CE, STCO 22/1981–, debe formularse una lectura restrictiva.

De otro, el criterio sistemático, que obliga a interpretar las normas conforme al ordenamiento constitucional, máxime si en juego hay derechos fundamentales, como la libertad sindical en relación con la negociación colectiva. Desde este punto de vista, y pese a la visión algo restrictiva que recientemente ha orientado el actuar del Tribunal Constitucional, en relación con la Cuestión de Inconstitucionalidad contra la norma reductora de los salarios de los empleados públicos, es innegable que la autonomía colectiva no necesita habilitación para producir ciertas reglas reguladoras de condiciones de empleo y de trabajo, en los términos del artículo 85.1 del ET. Ciertamente que esta previsión legal se inicia con la cláusula de «respeto a las leyes», pero este condicionante no se altera si se introducen reglas de mejora que no quiebren el orden público laboral. Y, a mi juicio, no estamos realmente ante ninguna norma de orden público laboral, por tanto sin margen de negociación, sino que se trata de una cuestión que la ley ha querido desbloquear transitoriamente, de modo que se hace disponible para las partes, siempre y cuando, claro está, haya acuerdo.

Precisamente, desde esta perspectiva, y finalmente, ha de recordarse que el Tribunal Supremo viene aceptando que el empresario puede renunciar colectivamente a todo aquello que pueda renunciar individualmente. Y es evidente que no hay ningún problema legal para que el empleador haga fijos a trabajadores que hayan desbordado determinados plazos, por lo que no tendría sentido que no pudiera el empleador hacerlo a través de la vía del convenio colectivo. Formen parte directa de la unidad de negociación –convenios de empresa, y de grupo empresarial–, o por representación –sectoriales–, el empresario puede disponer de la suspensión colectivamente.

En todo caso, y para no extendernos más en el análisis de este tema, aunque nos parece de máxima importancia, conviene plantear el eventual impacto de la normativa comunitaria en esta materia, pues no puede ignorarse que la regla del artículo 15.5 del ET tiene un claro fundamento de Derecho Social Comunitario. En este sentido, entiendo que la suspensión temporal de la vigencia de esta regla no reúne los criterios de justificación necesarios, por razones de imperioso interés general, o de protección de los trabajadores, para desarbolar la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace de la Directiva 1999/70/CE, relativa a los contratos de duración determinada.¹¹

¹¹ *Vid.* STJCE de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler. Un comentario de la misma en relación con esta disposición contiene mi trabajo en AA.VV.: *Estrategias de Competitividad, mercados de trabajo y reforma laboral 2010: convergencias y divergencias*, CEF: Madrid, 2010, pág. 79.

4. «CUÁN LARGO ME LO FIÁIS»: EL APLAZAMIENTO ¿A 1 DE ENERO DE 2014? DEL FONDO DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

Una de las mayores novedades, y quizás de las más extravagantes para nuestro sistema, introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, fue la previsión, por supuesto también aplazada en el tiempo, de crear un «Fondo de Capitalización Individual» por un número de días por año a determinar y que pudiera hacerse efectivo por el trabajador para los casos de despido o en otras circunstancias de la vida ocupacional del trabajador. Como se recordará, esta institución jurídico-laboral expresaba el gusto por la «importación» de modelos laborales europeos exitosos, y más en particular el «modelo austriaco», que, en cierta medida relevante, también se insertaba dentro de los modelos orientados a hacer de la «flexi-seguridad» —el intercambio de flexibilidad laboral por seguridad económica— uno de sus ejes básicos de reforma. De este modo, y en tanto pudiera darse un régimen legal efectivo —el plazo se situaba en el 1 de enero de 2012—, y sobre todo una cobertura financiera adecuada, a tal medida, que incorpora la facilidad de las extinciones y la movilidad de trabajadores, se previó que su función fuese asumida, de modo transitorio y coyuntural, cómo no, por el FOGASA. A este le correspondía asumir una parte de la indemnización por despido económico —8 días; disp. trans. tercera Ley 35/2010—.

En junio de 2011 un grupo de expertos constató en términos técnicos algo que ya todos —incluido alguno de los asesores del Gobierno (entre los que estaba el actual ministro de Trabajo, si bien entonces no lo era)— sabíamos desde el inicio: la falta de viabilidad de esta medida en nuestro país, sobre todo, pero —esto lo digo yo— no solo, en época de crisis económica y de empleo como la que padecemos. No obstante, y pese a las evidencias sobre la debilidad de esta medida cualquiera que sea el régimen en que se fije y el tiempo en que se introduzca, como acredita su fracaso allá donde se instauró, como en Austria, el Gobierno, incapaz de tomar una decisión, que luego probablemente tenga que modificar —una vez más—, ha preferido «abstenerse». Y para eso acude, entre las «medidas de fomento de la contratación» —capítulo II RDL—, lo que no deja de ser paradójico, a las más que recurrentes técnicas de la «prórroga» de la solución actual —cobertura del FOGASA— y del «aplazamiento» de la futura respuesta —dilación del proceso constitutivo del Fondo—.

Así, de un lado, se prorroga la asunción transitoria de la parte ya referida de la indemnización por despido hasta 2013, por cuanto se considera «que se trata de una disposición de la que aún pueden derivarse positivos efectos para la estabilidad laboral...». De otro, se aplaza la iniciativa de constituir tal Fondo, pues si bien seguiría siendo acertada para el Gobierno, por lo que «no debe descartarse para el futuro», requiere de más debate. Por ello, la nueva redacción dada a la disposición adicional décima de la Ley 35/2010 emplaza al Gobierno para volver a abordarlo más adelante, durante el primer semestre de 2013 —esto es, dentro de más de año y medio, de modo que «tan largo me lo fiáis», que diría Don Juan Tenorio en la célebre frase de la obra de teatro el *Burlador de Sevilla y convidado de piedra*—,¹² a través de un «proceso de negociación» con los interlocutores sociales, «en una coyuntura más favorable...».

¹² Para mejor comprensión de la metáfora derivada de la licencia literaria que me permito para valorar qué significa este nuevo aplazamiento de una medida que la mayoría saben inviable, ayer, hoy y mañana, en España, me atrevo a recordar esta escena: «Don Juan Tenorio vuelve a Sevilla, donde se topa con la tumba de Don Gonzalo y se burla del difunto, invitándole a cenar. Sin embargo, la estatua de este llega a la cita («el convidado de piedra») cuando realmente nadie esperaba que un muerto fuera a hacer cosa semejante. Luego, el mismo Don Gonzalo convida a Don Juan y a su lacayo Catalinón a cenar a su capilla, y Don Juan acepta la invitación acudiendo al día siguiente. Allí, la estatua de Don Gonzalo se venga arrastrándolo a los infiernos

No obstante, la previsión tampoco asegura que vaya a existir, pues lo que se dice no es que se negociará su regulación, presuponiendo que existirá, como se decía antes, en el que se daba por «cierto» el proyecto de ley, sino que se negociará «sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar».¹³ En suma, se aplaza ad calendae graecas y estoy convencido, sin practicar el incierto oficio de profeta, que el Informe dormirá el «sueño de los justos», de modo que ese proyecto de ley será «non nato».

Pero la reforma no se ha contentado, eso es cierto, con esa previsión tautológica, sino que ha introducido algunas previsiones correctoras de la responsabilidad pública en el pago de la parte de indemnización extintiva comentada. Así, se introduce una reforma en la disposición transitoria tercera, apartado 2. En esta norma se prevé el modo de cálculo de la indemnización cuando se trate de contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2011. En estos casos, la indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial, sin que resulte de aplicación en estos supuestos el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del ET.

Ahora bien, y aquí está la novedad, cuando se trate de contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a **partir del 1 de enero de 2012**, la indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate, como en el supuesto anterior. Sin embargo, a partir de ese tiempo, ya no será de «aplicación el resarcimiento por el FOGASA en las extinciones por las causas previstas en el artículo 52 del ET **reconocidas por el empresario o declaradas judicialmente como improcedentes**». Con ello se trata de mantener una cierta racionalidad del ordenamiento jurídico, eliminando otra profunda anomalía jurídica, solo justificada por ser económicamente útil a los empresarios –no al sistema en general, por ser una «externalidad», esto es, un coste generado por un privado que pagan todos los empleadores a través de sus cuotas al FOGASA–.

En coherencia con esta regla de racionalización jurídico-económica, se modifica la disposición transitoria tercera, 7. De modo que lo establecido en esta disposición será de aplicación «hasta el 31 de diciembre de 2013». Esta es la fecha en la que, para el Gobierno actual, deberá haberse adoptado la decisión que corresponda sobre la constitución y entrada en funcionamiento del comentado Fondo de Capitalización.

En este contexto ha de situarse también la reestructuración del FOGASA. Pero la norma se preocupa también por la «salud financiera» del FOGASA, en la medida en que el incremento de su ámbito de cobertura tras la reforma laboral de 2010 ha llevado a una elevada presión financiera del organismo, que

sin darle tiempo para el perdón de los pecados de su «**Tan largo me lo fiáis**», famosa frase del Burlador que significa que la muerte y el castigo de Dios están muy lejanos y que por el momento no le preocupa la salvación de su alma.

¹³ Por eso, completamente absurdo me parece que la disposición adicional siga malgastando «papel» del BOE apuntando lo que la regulación tan incierta debe reconocer. Como inútil, por obvia, es la previsión final de que «En el marco del indicado proceso de negociación, y en función de sus resultados, se abordará igualmente la vigencia de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley». Lamentablemente no es ya difícil encontrar en nuestro ordenamiento reglas tan inútiles, pero esta es de las más.

ha pasado en poco tiempo de un estado de cuentas saneado, hasta el punto de bien reducir bien consolidar la cotización durante muchos años, a otro problemático, a raíz de la multiplicación de despidos, así como de las insolvencias de los empresarios, en estos años de crisis. Por eso, la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 10/2011 ordena tanto al Gobierno como a los interlocutores sociales, en el marco del «Consejo Rector» del FOGASA, evaluar su situación financiera, teniendo en cuenta esa evolución negativa de la relación entre ingresos –cuota social que pagan los empresarios– y gastos –art. 33 ET–.

5. ¿«MÁS VALE MALO CONOCIDO»? LAS REFORMAS BASADAS EN LA PRÓRROGA DE MEDIDAS ACTIVAS Y PASIVAS

5.1. La ampliación de la política de conversión en contratos indefinidos de los contratos temporales

Una de las medidas incluidas en la Ley 35/2010 para el fomento del empleo de calidad es la extensión del contrato de fomento de la contratación indefinida mediante la ampliación de los colectivos con los que se puede suscribir esta modalidad de contrato. Conforme a la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, este contrato tiene por objeto «facilitar la colocación estable de trabajadores desempleados y de empleados sujetos a contratos temporales». Según las estadísticas laborales, en el año 2011 habría bajado el número de contratos indefinidos para el fomento del empleo, cuando en el año 2010, tras la reforma laboral, habría aumentado un 30 por 100 más respecto al año anterior. Para el Gobierno, la respuesta a ese menor uso estaría, junto a la coyuntura actual de la economía, en el agotamiento de *los plazos en que los contratos temporales celebrados pueden transformarse en esta concreta modalidad de contratación indefinida*.

Por ello, ha considerado oportuno mantener esta arraigada técnica de fomento de empleo estable, incentivando la conversión en indefinidos de contratos temporales. A tal fin, establece nuevos plazos para que los contratos temporales puedan convertirse en contratos de fomento de la contratación indefinida. Así se hace en el artículo 4 del real decreto-ley analizado que ha modificado las letras b) y c) del apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. De este modo, podrán ser beneficiarios de un contrato de fomento del empleo indefinido los:

- b) Empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, **celebrados con anterioridad al 28 de agosto de 2011**, a quienes *se les transforme* dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida **con anterioridad al 31 de diciembre de 2011**.
- c) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, **celebrados a partir del 28 de agosto de 2011**. Estos contratos **podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2012** siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos.

Como puede comprobarse, tampoco «aquí hay nada nuevo bajo el sol»¹⁴ y se recurre a mantener en el tiempo una medida que, si bien es cierto se ha revelado útil para mejorar los pírricos niveles de contratos indefinidos que tenemos desde hace varios años, no ha podido conseguir precisamente que esos niveles crezcan de modo relevante. Por lo tanto, bastante más habrá que hacer para poder cambiar, en su caso, la tendencia actual al incremento de la contratación temporal muy por encima de la contratación indefinida.

5.2. La continuidad de la pasividad en la reinserción de los desempleados de larga duración: seis meses más de «Prepara»

En el marco de las «políticas pasivas de empleo», pese a que políticamente quieren configurarse como una medida de activación, el Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable –fórmula eufemística que quiere encubrir como medida de fomento de la estabilidad y con una apariencia de modernidad lo que no es sino de promoción del empleo parcial y temporal– y la recualificación profesional de las personas desempleadas reguló un «programa de cualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo». Este programa, conocido bajo el acrónimo PREPARA, se basa en la combinación, se pretende coherente y útil, además de eficaz, si bien esto ha fallado estrepitosamente, de «acciones de políticas pasivas», como es la percepción de una ayuda económica, y «acciones de políticas activas», como serían la realización de cursos formativos para la empleabilidad. El carácter experimental y, en todo caso, temporal, de este programa exige un análisis periódico de sus logros, a fin de condicionar su continuación a una evaluación positiva.

Salvo en lo que concierne a su dimensión cuantitativa –el creciente número de personas que se benefician del mismo (128.000 personas), lo que no tengo claro si es un éxito o un fracaso de la medida (evidencia que seguimos en una crisis profunda de desempleo en España, muy superior a la «normal» en Europa)–, no conozco que se haya realizado una evaluación cualitativa adecuada, de modo que se evidencie cuántos de los beneficiarios realmente salen de la situación de desempleo y encuentran un nuevo empleo. Me temo que las cifras harían temblar, pero no por su éxito, sino por la obstinación de su inutilidad como medida eficaz para mejorar la empleabilidad de sus beneficiarios, amén de su escasa capacidad para garantizar una renta digna o suficiente a quienes no la tienen por haberse quedado en desempleo y permanecer durante un largo tiempo en tal situación.

De ahí que sea dudoso saber para qué «prepara» realmente este programa. Sin embargo, el Gobierno presume un efecto positivo de la medida por su existencia en sí misma considerada, al resultar una última red estatal de protección, e instado por el Parlamento,¹⁵ y de ahí que se haya decidido prorrogar por seis meses más, sin introducir ninguna modificación en su régimen.

¹⁴ El Real Decreto-Ley 10/2011 –art. 4 Dos–, llama la atención sobre la necesidad de recordar que, en todo caso, sigue vigente la regla especial prevista en el artículo 1.7 del Real Decreto-Ley 1/2011, de conversión a indefinidos de contratos temporales y a tiempo parcial previstos en este ámbito, sin necesidad de atender a los plazos fijados con carácter general, y siempre que se realicen antes de transcurrido un año desde que se hizo la contratación inicial.

¹⁵ La Resolución número 1 aprobada por el Congreso de los Diputados en su sesión del 30 de junio de 2011, con motivo del debate de política general en torno al Estado de la Nación, instaba al Gobierno a mantener el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación o subsidio por desempleo (PREPARA).

Conforme al artículo 6 del Real Decreto-Ley 10/2007, serán beneficiarias¹⁶ de la prórroga de este programa:

- Las personas inscritas en la Oficina de Empleo como desempleadas por extinción de su relación laboral,
- Que hayan agotado, dentro del periodo comprendido entre el día 16 de agosto de 2011 y el 15 de febrero de 2012, ambos inclusive, la protección por desempleo –ya de nivel contributivo, ya del asistencial (bien por no tener derecho a ningún subsidio bien por haberlo agotado)–.

El coste de la prórroga de la ayuda para el PREPARA corre a cargo del SPEE. Y, cómo no, en esta norma igualmente aparece la omnipresente referencia a la situación de déficit público, de modo que se hace expresa salvaguarda, también aquí, de los objetivos del dogma de la «estabilidad presupuestaria», por cuanto que se prohíbe que el coste de la medida pueda afectar –negativamente, se entiende– al «cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria». La estabilidad presupuestaria es ahora ya no solo un mandato fijado por ley,¹⁷ sino también una exigencia constitucional, a partir de la reforma de la Constitución promovida, en un tiempo indecorosamente récord, por parte de la mayoría parlamentaria que conforman PSOE y PP, con el descontento de todos los demás, sean de uno u otro color.

6. OTRO CAMBIO DESLOCALIZADO: UNA REFORMA DE MEJORA DE LA INOOPERANTE PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

La histórica reivindicación por parte de los trabajadores autónomos de un sistema de protección análogo al de desempleo de los trabajadores dependientes tuvo un cierto reconocimiento al terminar la década pasada. Así, con fecha de 17 de marzo de 2009 se aprobó en sesión plenaria en el Congreso de los Diputados la Moción 173/55 denominada «Plan de Rescate de los autónomos» que instaba al Gobierno a elaborar una propuesta de sistema de prestación por cese de actividad del trabajador autónomo para remitir a las Cortes Generales y con fecha de 5 de mayo de 2009 se rubricó el acuerdo de la Mesa del Trabajo Autónomo, donde también figuraba la medida. Como es conocido, este compromiso político y social fue atendido por la Ley 32/2010, que tiene por objeto regular el sistema especí-

¹⁶ Para evitar la cronificación en esta situación la norma de rango legal insiste en la prohibición de «encadenar programas» de este tipo por un mismo beneficiario, al margen de cuál haya sido la eficacia del mismo para afrontar su problema de desempleo y de ausencia de renta. Así, se prohíbe el acceso al PREPARA prorrogado a «las personas que hubieran percibido la prestación extraordinaria del programa temporal de protección por desempleo e inserción, a las personas que hubieran sido o pudieran ser beneficiarias del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo en los términos establecidos en el Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, a las que hubieran agotado o pudieran tener derecho a la renta activa de inserción, y a las que hubieran agotado la renta agraria o el subsidio por desempleo, ambos en favor de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social». La forma y plazos para la presentación de solicitudes se regula en la *Resolución de 30 de agosto de 2011*, del SPEE –BOE 31 de agosto–.

¹⁷ La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2008. A partir de esta fecha la regulación aplicable está contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2007).

fico de protección para los trabajadores autónomos que, pudiendo y queriendo ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo y estando incluidos en los niveles de protección en ella recogidos, hubieren cesado en esa actividad, con arreglo a lo establecido en el artículo 5 de la ley.¹⁸

En esta norma se establece la acción protectora del sistema de protección que está conformada por una prestación económica y la cotización de Seguridad Social por el trabajador autónomo. La acción protectora comprenderá, también, la formación y orientación profesional de los beneficiarios con vistas a su recolocación. Pero para poder acceder a esta protección es necesario reunir los requisitos fijados en la ley.

A tal fin, la ley establece los requisitos específicos para el nacimiento del derecho y la consideración de situación legal de cese de actividad que son determinantes para configurar y garantizar la protección del trabajador autónomo. Una protección social que derivará, en todo caso, y al igual que para el trabajador por cuenta ajena, de una situación en todo caso involuntaria que debe ser debidamente acreditada; lo mismo ocurre, con las peculiaridades propias de esta figura, en el supuesto del evanescente trabajador autónomo económicamente dependiente –más conocido por sus siglas TRADE o TRAUDE–.

Pese a su «juventud», esta regulación ya ha experimentado diversas modificaciones, por lo general en sentido restrictivo, incluso ya antes de su entrada en vigor. La propia Ley 35/2010 es un ejemplo de ello, en la medida en que reformó el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 32/2010 a fin de ampliar el periodo exigido –plazo de espera– para el reconocimiento de un nuevo derecho –pasó de 12 a 18 meses–. Pues bien, una vez más un sistema de protección que apenas ha nacido como instrumento práctico, y cuyos efectos de insuficiencia de cobertura ya se han evidenciado de un modo manifiesto, experimenta una nueva modificación legislativa. Eso sí, en esta ocasión, el cambio debe saludarse positivamente, porque es de mejora.

Así la disposición adicional segunda modifica el último párrafo del artículo 7.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, relativo al *momento de nacimiento del hecho causante de esta protección* y a las condiciones para su disfrute. Conforme a su tenor literal, el reconocimiento de la protección por cese de actividad

«... supondrá el nacimiento del derecho al disfrute de la correspondiente prestación económica, **a partir del primer día del mes inmediatamente siguiente** a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad. Cuando el trabajador autónomo económicamente dependiente haya finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación, no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación.»

Con ello se mejora la protección, en la medida en que antes el derecho nacía el primer día del «segundo mes siguiente» al del cese de la actividad.

¹⁸ El artículo prevé que el trabajador autónomo tendrá derecho a una prestación por cese actividad en los supuestos de concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. En caso de establecimiento abierto al público, se exigirá el cierre del mismo durante la percepción de la prestación.

7. REFORMAS DE RACIONALIZACIÓN ORGANIZATIVA Y DE GESTIÓN: LA INTEGRACIÓN FUTURA DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Dentro de las disposiciones en la parte «extravagante» –más– del real decreto-ley merece especial comentario el plan de reestructuración previsto para dos de los más relevantes organismos público-laborales, promoviendo la integración en un organismo único –disp. final primera RDL–: el SPEE y el FOGASA. Con esta expresión concreta del más general proceso de reordenación –racionalización lo llaman, si bien no tiene ni orden ni concierto a menudo más allá de la crítica de ineficiencia– del sector público-administrativo, se pretende una mayor eficacia en la prestación de los servicios. El nuevo organismo resultante, que debería estar en funcionamiento en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del real decreto-ley, ha de permitir, de un lado, un más eficaz cumplimiento de la regulación transnacional en materia –la comunitaria y la internacional– y, de otro, el mantenimiento del carácter finalista de las cotizaciones recaudadas, como principal vía de financiación de ambos, «conjuntamente con las cuotas de Seguridad Social».

En este mismo marco de intento de «racionalización del funcionamiento de la Administración General del Estado», y siguiendo una línea de regulación que comienza a ser muy frecuente en las normas laborales, se aprovecha la regulación para promover el proceso de gestión informatizada y transparente de los servicios que se prestan en los organismos públicos sociolaborales, en este caso del SPEE, aunque al mismo tiempo que la mejora de la eficacia, por la agilización de los plazos, se dificulta el conocimiento por parte del administrado-ciudadano, con lo que a veces encubre una pérdida de seguridad jurídica para este.

El real decreto-ley, en este marco, modifica el «régimen de notificaciones» de este organismo y, al tiempo, se ordena la creación de un «Tablón Edictal» del SPEE –disp. adic. tercera–. Por lo que hace al régimen de notificaciones por medios electrónicos de actos administrativos en el ámbito de gestión del SPEE se efectuarán en su sede electrónica, respecto a los sujetos obligados que se determinen por la persona titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración así como respecto a quienes, sin estar obligados, hubiesen optado por dicha clase de notificación. En cambio, los sujetos no obligados a aquel tipo de notificación, lo serán en el domicilio indicado y, en su defecto, en el que figure en los Registros del SPEE.¹⁹

Conforme al apartado 3 de esta disposición adicional, se ordena crear el «Tablón Edictal» del SPEE. Este se situará en su sede electrónica. A estos efectos, en los supuestos previstos en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las notificaciones de actos y comunicaciones, tanto en materia de protección por desempleo, como en las restantes áreas de gestión del organismo, incluidos los procedimientos sancionadores, que no hayan podido realizarse en el domicilio del interesado, se practicarán exclusivamente en dicho «Tablón Edictal». El cumplimiento del trámite de notificación por

¹⁹ Conforme al apartado 2 de la disposición que comentamos, y con remisión expresa al artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, «las notificaciones realizadas en la sede electrónica del SPEE se entenderán rechazadas cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, transcurran 10 días naturales sin que se acceda a su contenido».

esta vía se entiende realizado transcurridos 20 días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el «Tablón Edictal», dándose por practicada y continuándose con el procedimiento de gestión correspondiente. El «Tablón Edictal» será gestionado por la Dirección General del SPEE.

Para la concreción de la práctica de la notificación en este «Tablón Edictal» se remite a lo que se determine por Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Es evidente que esta regulación legal busca favorecer la agilidad del procedimiento, acelerándolo, aun en detrimento de la seguridad jurídica.

8. REFLEXIÓN FINAL

Evidenciados los «puntos críticos» de esta «nueva reforma laboral», mucho más limitada en su ámbito que la de 2010, hemos podido comprobar cómo es merecedora de generar más perplejidad en sus aspectos más relevantes, los relativos al fomento de la contratación. Y ello porque persigue una opción de política jurídica contraria.

En efecto, con esta reforma se arrumba el proceso de reformas normativas iniciado en 1997, si bien es cierto que nunca exitoso en la práctica, sin perjuicio de producir algunos avances de relieve, y dirigido a propiciar una mayor estabilidad en el empleo, sobre todo en el momento de la contratación. Toda la cobertura ideológico-política de la reforma laboral, al menos en el discurso del Gobierno, expresaba este proceso, de modo que se pretendía desestabilizar la regulación de las condiciones de trabajo, en aras del fomento de la flexibilidad interna, a cambio de estabilizar tanto las fases de acceso como las de salida. Por tanto, el intercambio se situaba entre el favor por la flexibilidad interna y el control riguroso de la flexibilidad externa, de modo que se propiciara tanto la estabilidad en la contratación, perfeccionando las reglas de control preventivo de los abusos, limitando el encadenamiento de contratos, como la causalidad de los despidos, de forma que cada extinción respondiera realmente a su causa.

Pues bien, apenas un año después todo ese planteamiento ha saltado por los aires, dejando bien a las claras la pretensión político-gubernamental en materia de mercado de trabajo y que no es otra que admitir enteramente el discurso empresarial: a más libertad de decisión para el empleador, más posibilidades habrá de contratación, y podremos poner un poco de coto a esta sangría de empleos que golpea a España con una fuerza descomunal respecto de sus «socios europeos». La excepcional situación en que nos halláramos en todos los planos, sobre todo en el económico-financiero y en el ocupacional, debe llevar a convertir en regla, si bien transitoriamente, lo que hasta ahora se había considerado excepcional y a superar. Evidentemente procediendo de esta guisa la inversión del orden constitucional por la vía fáctica no se produce solo con el cambio formal de la Constitución, para recibir los imperativos de control presupuestario dictado «a machaca martillo» por los mercados financieros a los Gobiernos, formalizados en instituciones comunitarias y financieras de ámbito mundial, sino con la ignorancia tanto de los condicionantes de estabilidad contractual derivados de las normas sociales, y, sobre todo, con el olvido de lecciones históricas inexorables: la temporalidad abusiva, que es más de tercio de la actualmente realizada en España, nunca ha sido una solución sostenible, sino una parte de un grave problema. En juego no estará la célebre «prima de riesgo», pero sí la «credibilidad» de un modelo de relaciones laborales civilizado, que mire al futuro teniéndolo como horizonte y no dejándose a su espalda.