

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

MANUEL GARCÍA GIMÉNEZ

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

La contingencia normativa de la que ha venido adoleciendo la última etapa de nuestro ordenamiento laboral, y que había llevado a una desorientadora y nociva inestabilidad de la práctica totalidad de sus instituciones, ha vuelto a instalarse entre nosotros, cuando el proceso de reformas del mercado parecía haber encontrado, en estos momentos de bonanza económica, una senda más equilibrada desde el plano de la política jurídica y más correcta desde la perspectiva de la técnica jurídica. Nuevamente, el legislador nos sorprende con un «golpe» de Decreto-Ley a través del cual pretende resolver, por vía de urgencia, algunas de las disfunciones que presenta nuestro mercado de trabajo, ante la constatación del «fracaso» del proceso de concertación abierto desde hace varios meses para realizar de forma pactada esta reforma, en cuya necesidad, e incluso en el diagnóstico de los problemas, todos parecen coincidir, no así en las soluciones.

La pretensión de este estudio es dar a conocer y analizar con la necesaria profundidad y el debido rigor todos y cada uno de los cambios que el Real Decreto-Ley 5/2001 ha introducido en una institución clave para el funcionamiento del mercado de trabajo: el sistema de formas o modalidades de contratación. La perspectiva que se ha seleccionado para este trabajo es doble: por un lado, los autores han buscado extraer con el mayor detalle posible los principales problemas aplicativos que la puesta en práctica de esta nueva regulación pondrá de relieve, para lo que se ha seguido un criterio eminentemente exegético, relacionando los distintos preceptos y conectándolos con las situaciones conflictivas que, evidenciadas ya en la práctica convencional ya en la práctica contractual ya en la práctica jurisprudencial precedentes, motivan estos cambios. Por otro, los autores han querido incorporar una no menos necesaria perspectiva jurídico-crítica, de modo que el análisis de cada una de estas cuestiones vaya más allá del comentario completo conforme a las fuentes, para proporcionar una idea más precisa de su sentido y alcance en el proceso de reforma. A tal fin, en el trabajo se extraen las principales líneas orientadoras de la nueva regulación, a luz de las cuales han de interpretarse las concretas reglas. El resultado ha sido la puesta de manifiesto de importantes contradicciones entre los objetivos confesados por el legislador y la realidad de los cambios, algunos de los cuales sitúan su punto de mira más que en el horizonte de un nuevo siglo en el pasado. La instrumentalización de las normas laborales al servicio de la política de empleo, según una lógica característica de las últimas reformas que parecía haberse corregido, incluso por imperativo comunitario (Directiva 99/70/CE), vuelve con fuerza en esta reforma. El otro compañero de viaje, la flexibilidad, también encuentra una especial atención en el Real Decreto-Ley. Datos para la reflexión y para la aplicación práctica de todas estas y otras, cuestiones que de forma clara y sistemática, con un lenguaje directo y de forma exhaustiva, aunque no agotadora, son los que se ofrecen al lector con este estudio.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Caracterización general de la reforma: principales líneas orientadoras.
- III. Reordenación del sistema de contratación temporal: la desnaturalización del tipo contractual del artículo 15 de la LET.
 1. La nueva tipología de contratos de trabajo temporal tras la reforma: modalidades de «contratos de inserción» en el Real Decreto-Ley 5/2001.
 - 1.1. Los contratos de inserción por la formación en alternancia (art. 11.2 de la LET).
 - 1.2. El contrato de inserción por la realización de obras o servicios de utilidad social (contratos de *workfare*).
 - 1.3. El contrato de inserción mediante el fomento del empleo de las personas minusválidas.
 2. Las modificaciones normativas del régimen jurídico de las modalidades de contratación temporal estructural: nuevas reglas de garantía de la estabilidad y transparencia.
 - 2.1. Los cambios en materia de contratación temporal estructural directa.
 - 2.2. La reforma de la contratación temporal indirecta: una reforma meramente técnica por razones de convergencia.
- IV. El nuevo régimen del contrato a tiempo parcial: regresiones de la estabilidad en favor de la flexibilidad.
- V. Consolidación y ampliación del contrato para el fomento del empleo estable.
- VI. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

Después de más de un año y medio (desde julio de 1999) de calma en el ámbito de las reformas del mercado de trabajo, inusual y casi sorprendente para una parcela del ordenamiento que se había acostumbrado en los últimos años a experimentar cambios convulsivos y permanentes, y vencido el plazo de vigencia de la segunda reforma laboral sustancial de la década de los años 90, la de 1997, las páginas del BOE nos vuelven a sobresaltar con un nuevo «paquete» de medidas, «urgentes» nada más y nada menos, de «Reforma del Mercado de Trabajo», cuya finalidad declarada es la de incrementar las tasas de empleo y mejorar su calidad¹. Pese a la inquietud, incluso la alarma, que genera a primera vista la técnica jurídica legislativa utilizada, el «Decreto-Ley», constitucionalmente reservado al Gobierno tan sólo para responder a situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad», una lectura comparativa del «programa oficial» que reza en su título con las últimas reformas consensuadas y en época de crecimiento, por tanto de relativa paz social, parece impulsar el retorno a la situación de sosiego precedente. Su pretensión, según reza el título, no sería la de flexibilizar o desregular más el mercado de trabajo sino que tan sólo perseguiría, se dice, mejorar todavía más la situación de mejora del empleo y de su estabilidad, como en su día la Ley 63/1997 (contrato de fomento del empleo indefinido) y el Real Decreto-Ley 15/1998 (contrato de trabajo a tiempo parcial)².

Sin embargo, el conocimiento de la amenaza de movilizaciones que pesa sobre esta iniciativa legislativa, hasta proponerse incluso una Huelga General, no puede sino volver a generar una gran inquietud en los operadores jurídicos y destinatarios, sufridores o beneficiarios potenciales, por lo que se precisa conocer con la mayor precisión posible el sentido y alcance real de esta nueva reforma laboral. Una reforma que, además, no aparece de forma aislada sino que, en realidad, a juzgar por las últimas noticias de prensa y las declaraciones de los responsables políticos y líderes sindicales, así como los empresariales, se presenta como la primera fase de un proceso reordenador del

¹ Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad -BOE 3-3-2001-.

² Como se encarga de recordar, con mucho interés, la EM, la Ley 63/1997, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida es expresión del Acuerdo Interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por los interlocutores sociales en ese año, mientras que el Real Decreto-Ley 15/1998, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, refleja el Acuerdo concluido entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales más representativas. Para una valoración global de sus efectos prácticos *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, O. MOLINA HERMOSILLA e I. VILLAR. «Derecho y Empleo. Balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997». *Temas Laborales*, n.º 54. 2000.

sistema de relaciones laborales mucho más amplio, de modo que la próxima fase afectará de lleno a otra de las líneas principales de reforma del mercado laboral, emprendida en 1994 y corregida parcialmente en 1997: la estructura y contenido de la negociación colectiva ³.

El final de la «tregua laboral» concedida por los sindicatos al Gobierno del PP en la anterior Legislatura, parece ahora rota o, cuando menos, en serio riesgo de ruptura, pese a coincidir ambas partes en los efectos beneficiosos que la concertación de las reformas estatutarias ha tenido para el crecimiento económico y del empleo, sin perjuicio de constatar algunos «problemas prácticos» (EM RD-Ley 5/2001).

Precisamente, la necesidad de corregir estas deficiencias de funcionamiento del mercado de trabajo sería una de las razones básicas de la reforma, por lo que parece de la suficiente magnitud como para romper la política de reformas flexibilizadoras pero consensuadas o, cuando menos, negociadas, lo que no sucedía desde la Ley 11/1994, que llegó a calificarse incluso, aunque con alguna exageración interesada, como el «último ejemplo de despotismo ilustrado que se da en el siglo XX en España» ⁴. A tal fin conviene poner de relieve que, pese a no hacer referencia alguna en la EM, a diferencia de lo que suele ser habitual, la reforma introducida con el Real Decreto-Ley 5/2001 da recepción en nuestro ordenamiento interno a algunas de las principales recomendaciones realizadas por la Directiva 99/70/CE, sobre contratos de duración determinada, en particular en lo referente a la introducción de límites, técnicas de control y nuevos derechos en favor de los trabajadores ⁵.

La otra razón principal motivadora de esta reforma sería el imperativo socio-económico de introducir nuevas regulaciones en una amplia gama de aspectos del régimen jurídico de la contratación, así como de la propia dinámica de las relaciones laborales, que propicien un mayor crecimiento del empleo estable. Para lo cual se considera imprescindible modificar un amplio número de preceptos del Estatuto de los Trabajadores (LET), si bien se ven también afectadas, aunque residualmente, otras Leyes, en particular la Ley 14/1994, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), igualmente afectada por reformas recientes, que han modificado sensiblemente las reglas de competencia en este mercado de empleo temporal legalmente reservado a aquellas empresas ⁶.

A la luz de estas consideraciones, el legislador reformista parecería confirmar la centralidad de la contratación estable para el correcto funcionamiento del mercado de trabajo. Este Real Decreto-Ley se presentaría a sí mismo como continuador de la tendencia impulsada fundamentalmente a par-

³ Vid. diversos trabajos, entre la voluminosa producción doctrinal generada, recogidos en AA.VV. (J. L. MONEREO PÉREZ: coord.). *La Reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*. Comares. Granada. 1999. Para las relaciones ambivalentes y dialécticas de ambas reformas, la de 1994 y 1997, vid. C. MOLINA. «La nueva dialéctica afectación/desafectación en la nueva estructura de negociación tras las reformas de 1994 y 1997». *RL*. 1999-I.

⁴ Vid. A. GUTIÉRREZ, Secretario General de CCOO. «Sistema de Relaciones Laborales y Mercado de Trabajo: la opinión de las confederaciones sindicales más representativas». *RL*. 1997-I.

⁵ El plazo de vencimiento para la transposición de la Directiva está fijado en el 10 de julio de 2001.

⁶ Vid. C. MOLINA NAVARRETE. *Las nuevas reglas de competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal*. Universidad de Jaén-Caja Sur. Jaén. 2000.

tir de 1997, de modo que profundizando legislativamente -y financieramente- en el retorno a la primacía de los contratos de duración indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial, eso ya da prácticamente igual para la nueva opción de política jurídica, se desplazará definitivamente el favor evidenciado hasta fechas relativamente recientes por la norma y por el mercado respecto de la contratación temporal, sin necesidad de adoptar medidas expresas de «penalización» generalizada de tales contratos, como solicitan los sindicatos y rechazan los empresarios. Sin embargo, en el diseño de la nueva reforma, la contratación temporal sigue siendo una institución clave en la conformación del mercado de trabajo, como prueba el dato de la introducción de reformas que pretenden igualmente favorecer el crecimiento del empleo desde las modalidades de contratación temporal, sea en el marco de las políticas de inserción por la formación sea en el contexto de las política de empleabilidad por la realización de trabajos de utilidad social (*workfare*).

Desde esta perspectiva, no obstante la apariencia de linealidad o unilateralidad de la opción de política jurídica seguida de las reformas estatutarias promovidas por esta nueva acción legislativa, nos encontramos una vez más con una realidad mucho más ambivalente e incluso contradictoria. En algunos casos incluso nos encontramos con reformas que suponen auténticas involuciones, conceptuales y normativas, respecto de cambios legislativos que, sin embargo, se dicen proseguir y consolidar. Una vez más, pues, la instrumentalización de las normas laborales, fundamentalmente en materia de contratación, al servicio de la política de fomento del empleo asume un sentido transaccional o compromisorio entre intereses opuestos, persiguiendo realizar una ponderación, ciertamente difícil, inestable y no siempre bien equilibrada, de los mismos por vía del Decreto-Ley ante el fracaso de la vía convencional, lamentado por el propio legislador (EM).

Pretendemos realizar en este trabajo un estudio detenido, exhaustivo en lo posible, tanto exegético como jurídico-crítico, de las novedades que esta reforma incorpora en materia de contratación, eje central de esta fase de la primera reforma laboral del siglo XXI, sin perjuicio de referir algunas cuestiones conexas, igualmente afectadas por el cambio legislativo. Antes, convendrá trazar las principales líneas inspiradoras de la reforma, al objeto de comprender mejor el sentido y alcance de las concretas modificaciones legislativas, así como realizar una presentación de conjunto que haga inmediatamente visible la extensión e intensidad de los cambios, algunos de cierto calado. Finalmente, a la vista de los comentarios y reflexiones realizadas en cada aspecto específico de la reforma, ofreceremos una breve valoración final que ayude al analista y al operador laboral a determinar el efectivo significado de esta nueva reforma.

II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA REFORMA: PRINCIPALES LÍNEAS ORIENTADORAS

Las normas concretas que integran el contenido de la nueva reforma laboral deben examinarse a la luz de las líneas o principios que las inspiran, cuya delimitación correcta presenta un valor jurídico a efectos interpretativos difícil de negar. Estas líneas surgen en gran medida del contraste de las normas tanto con los problemas suscitados por la precedente regulación, consecuentemente

por su inadecuación para hacer frente a las exigencias del mercado de trabajo, corrigiendo algunas de sus prácticas, cuanto por la constatación de su insuficiencia para responder de forma óptima a tales necesidades, en particular para incrementar las tasas de empleo.

Aunque, claro está, sólo después del estudio de cada uno de los cambios legislativos y de su contemplación conjunta, podrá comprenderse cuáles son realmente estas opciones, más allá de las proclamaciones de principio interesadamente realizadas por el legislador en la EM, que por ciertos aspectos resultan engañosas o desorientadoras, nosotros creemos oportuno exponerlas brevemente ahora para ayudar a la comprensión técnica de los cambios. A tal fin, consideramos de interés identificar la posición de esta primera reforma del nuevo siglo en relación a algunas de las cuestiones centrales que han venido delimitando el proceso de sucesivas reformas del «mercado de trabajo», fundamentalmente desde 1994, y en especial respecto de cuatro dialécticas que han estado permanentemente presentes desde entonces, tanto en la reforma de 1997 como en la de 1998 como, incluso, en la reforma de 1999, esta última monográfica respecto de la contratación en el ámbito de las ETT.

En primer lugar, la reforma que comentamos evidencia y confirma con total claridad y sin ningún recato, como ya se advertía, la *permanente instrumentalización de las normas laborales al servicio de los imperativos de la política de empleo*. Se mantiene, de esta manera, como advierte de entrada la propia EM, una constante en las reformas laborales emprendidas en la última década del siglo pasado en nuestro país, en línea con lo que ha sucedido en la práctica totalidad de las experiencias nacionales europeas⁷. Consecuentemente, el problema de fondo que está en la base de la nueva regulación, y que sin duda marca las soluciones adoptadas y, por tanto, condiciona su comprensión, es el de la «crisis» y «evolución del empleo» evidenciada no ya sólo por la «crisis económica», pues estamos en un momento de expansión⁸.

Aunque la política de empleo no es ya una variable dependiente estrictamente de la *política económica*, por cuanto obedece a importantes razones de *política social* -ej. control del tipo de empleo creado; búsqueda de la inserción de colectivos especialmente perjudicados...-, no deja de ser tampoco cierto que aquel referente impone un *régimen de contratación más adaptado en cada momento a las necesidades de la empresa* (razón inmediata o directa), si bien bajo el pretexto o la justificación del mantenimiento o mejora de las tasas de empleo (razón mediata o indirecta). Una de las consecuencias más visibles de esta dependencia es la *diversificación de las formas de empleo y la*

⁷ Vid. in extenso J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA. *El Derecho Social del Empleo: Fundamentos, Políticas e Instituciones*. Comares. 2001 (en prensa).

⁸ La particular «sensibilidad del empleo» a la evolución concreta del ciclo económico, que ya sirviera de punto de partida de la principal reforma del mercado de trabajo realizada en la década de los años 90 desde el primado de la lógica de la política de empleo, la de 1994, ha seguido sirviendo de explicación para las sucesivas reformas, aunque las técnicas e instrumentos hayan podido variar parcialmente. Como recordaba recientemente el profesor M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER. «El Derecho del Trabajo a fin de siglo». *RL*, 1999-I. También F. VALDÉS DAL RÉ. «La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español». *REDT*, n.º 93. 1999. AA.VV. (A. Supiot: coord.). *Trabajo y Empleo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Para las líneas maestras de los procesos de reforma de gran interés la lectura de *La reforma del mercado de trabajo. Documento que el Gobierno dirige al Consejo Económico y Social en demanda de un dictamen*. Madrid. MTSS. 1994.

fragmentación de su mercado. El viejo principio de *favor laboratoris* cede cada vez más terreno frente al más moderno principio de protección de la capacidad del mercado para crear empleo, o cuando menos para mantenerlo, incluso al precio de sacrificar o reducir parte de los derechos «adquiridos» por los trabajadores (*insiders*) en beneficio de la recuperación para su ámbito de los colectivos más vulnerables en el mercado o, sin más, excluidos (*outsiders*) o en riesgo de estarlo, por él ⁹.

Ahora bien, en segundo lugar, esta estrecha vinculación entre las exigencias de racionalidad económica del mercado y de la libertad de empresa, por un lado, y la política de empleo, por otro, no determina necesariamente la opción de política legislativa a seguir respecto de otra cuestión clave en la ordenación de los mercados de trabajo: *qué tipo de empleo hay que promover mediante la reforma del marco estatutario del mercado de trabajo* ¿debe primarse la contratación temporal como instrumento de inserción profesional o, en cambio, debemos seguir recorriendo el camino de vuelta hacia la contratación indefinida? ¿Hay que mantener el predominio del contrato a jornada completa o, en cambio, se impone una apuesta decidida por el contrato a tiempo parcial?

A estos efectos, por un lado, incluso se ha llegado a afirmar por voz muy autorizada, aunque quizás con un exceso de optimismo, que la transposición de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en parte llevada a cabo, aunque de forma parcial e insuficiente, por este Decreto-Ley, conlleva necesariamente el rechazo de la precedente concepción de los contratos de duración determinada como «elementos de promoción de empleo, prohibiendo la creación de modalidades "no causales" o carentes de "razones objetivas" (coyunturales en nuestro lenguaje) dirigidas a ese único fin» ¹⁰. Por otro lado, respecto al trabajo a tiempo parcial, nuevamente el reclamo a los compromisos derivados del Derecho Comunitario del Empleo, ya concretados en nuestro ordenamiento interno en 1998, evidenciaría la necesidad de promover o fomentar con igual intensidad que el empleo estable a tiempo completo el empleo estable a tiempo parcial, en cuanto instrumento potencialmente adecuado para conciliar, de una forma más equilibrada que la conseguida bajo la regulación tradicional, los intereses empresariales (valor de la flexibilidad) y de los trabajadores (seguridad y empleabilidad) ¹¹.

Desde esta perspectiva, pues, la línea a seguir con la nueva reforma, incluso a profundizar, no podría ser otra que la iniciada en 1997 (contratos de duración determinada, contratos formativos, contrato de fomento de empleo estable), en 1998 (contrato de trabajo a tiempo parcial) y 1999 (contrato de trabajo y contrato de puesta a disposición en las ETT). El principio a tutelar sería, aún sin la par-

⁹ La ambigüedad de la política de flexibilidad del mercado de trabajo mediante reformas legislativas que contribuyan al fomento del empleo es ahora ya unánimemente percibida. En este sentido, el debate jurídico de la flexibilidad serviría tanto para mejorar e innovar las técnicas de tutela cuanto para reducir ciertos derechos de los trabajadores, incluso «debilitar al movimiento sindical». Para esta dimensión «ideológica» vid. F. VALDÉS. «La disciplina...» *op. cit.*, pág. 21.

¹⁰ Vid. M. E. CASAS. «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho Social comunitario». *RL*. 1999-I.

¹¹ Vid. AA. VV. (M. E. CASAS y F. VALDÉS: coords.). *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova. 2000.

ticipación final de los interlocutores sociales, el de la estabilidad en el empleo, ya sea a tiempo completo ya a tiempo parcial, no sólo por su mayor protección para los trabajadores (perspectiva garantista), sino incluso por el difundido convencimiento de los efectos perversos o distorsionadores de la inestabilidad y la precariedad extrema para la economía productiva en su conjunto y para la competitividad de las organizaciones empresariales (perspectiva de la racionalidad eficientista del mercado y de la gestión empresarial). La nueva etapa de reformas en materia de contratación no podría alterar la opción de política jurídica actuada por la evidenciada secuencia de cambios normativos, sin perjuicio de que el método de la legislación negociada sí haya quebrado en esta ocasión.

Las cosas no son, una vez más, tan lineales ni pacíficas. En realidad, junto a los aspectos favorables al reforzamiento de la estabilidad en el empleo, hay también que constatar una *significativa recuperación del contrato temporal como instrumento de fomento de empleo, ahora bajo diversas modalidades de **contratos de inserción**, ya por la formación -art. 11.2 de la LET- ya por la realización de trabajos de utilidad social -art. 15.1 d) LET-*. En efecto, junto a garantías adicionales respecto de determinadas modalidades de contratación temporal estructural, la reforma actual supone una ampliación importante de las posibilidades abiertas por nuestro ordenamiento para acudir a la contratación temporal como instrumento para fomentar la empleabilidad de un extenso número de colectivos, aquellos más vulnerables en el mercado, los que están sometidos a un situación efectiva de exclusión del mercado de empleo (ej. parados de larga duración, extranjeros en situación regular, desempleados en situación de exclusión social...) ¹².

De nuevo, algunas luces y muchas sombras para una reforma laboral que, consensuada, como sucedió en el año 1997, incluso en 1998 por parte sindical, o no, como sucede en el año 2001, dice presentarse como garante de la corrección de las distorsiones en el funcionamiento de la economía y el mercado de trabajo derivadas de la excesiva temporalidad. Una constatación que, evidenciando el contenido siempre transaccional o compromisorio de cualquier norma de carácter «social», nos lleva inmediatamente a delimitar una tercera decisión de política del derecho que sirve para dar forma o integrar el modelo de regulación a que obedece una determinada reforma laboral: *cuál es la lógica o paradigma de flexibilidad que define y pone en práctica*.

En efecto, una vez que en el actual debate sobre la ordenación de las relaciones de trabajo la tan comentada razón flexibilizadora se asume ahora ya, de mejor o peor grado, con mayor o menor acierto, incluso por los sindicatos, así como por los jueces y por buena parte de la doctrina, en otro tiempo combativa al respecto, el problema se centra en determinar la concepción de flexibilidad que, desde la perspectiva de la política de fomento de la contratación, adopta cada reforma, en particular

¹² Aunque para estas modalidades, como veremos, pudiera ser aplicable alguna cláusula de excepción prevista en el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, firmado en el ámbito comunitario, con carácter general esta nueva regulación había llevado a pensar que esta instrumentalización deformante era una cuestión del pasado, puesto que tal Acuerdo podía dar pie a pensar que «pone fin, en el ámbito de la contratación temporal, a una larga etapa en que los ordenamientos laborales de los diferentes Estados miembros han supeditado sus regulaciones y el cumplimiento de sus funciones sociales a las necesidades de la política de empleo, innecesariamente y con costes nada despreciables. (...)». *Vid. M. E. CASAS. El principio... op. cit., pág. 76.*

la ahora comentada de 2001. A tal fin, en la permanente dialéctica entre flexibilidad (valor eficiencia económica del mercado) y seguridad (valor estabilidad en el empleo), viene a devolver algunos espacios de flexibilidad a la política de contratación que habían sido eliminados o limitados por sus precedentes normativos, y que fueron considerados como «regresiones de la flexibilidad» por la CEOE, en particular en materia de contrato a tiempo parcial, mientras que se preocupa por introducir «garantías adicionales» frente al peligro de abuso de la contratación temporal, incluso con algún instrumento de «penalización» (ej. indemnización por fin de contrato) ¹³.

A la luz de estas consideraciones, entendemos ya más fácilmente comprensible la diversidad de fines específicos perseguidos por la reforma, contradictorios en ocasiones, como hemos dicho, y su materialización en concretas medidas de reforma legislativa. En este sentido, podríamos dibujar el cuadro global de las mismas del siguiente modo:

1.º Consolidación de experiencias de contratación introducidas en reformas precedentes y valoradas positivamente.

1.1. Mantenimiento del contrato para el fomento de la contratación indefinida (disp. adic. primera RD-Ley 5/2001). El valor inspirador de esta reforma es el de la ESTABILIDAD.

Una vez que la práctica ha evidenciado, a juicio del Gobierno e incluso de los interlocutores sociales, aunque con una valoración desigual, la utilidad de la novedad introducida con la Ley 63/1997 para invertir la tendencia anterior en materia de contratación indefinida (menos del 3% del porcentaje total antes de la reforma, 10% tras la reforma), se ha estimado oportuno convertir en definitivo el contrato para el fomento de empleo indefinido o estable, previsto a título experimental en aquella Ley. Como veremos con algún detenimiento, desaparece el límite de los cuatro años de vigencia, expresivo de la evidenciada experimentalidad, sin perjuicio de su sometimiento expreso, como toda política de empleo, a evaluación periódica sobre su eficacia, a tiempo que se amplía su ámbito subjetivo de aplicación, al englobar a nuevos colectivos que pueden beneficiarse del mismo.

1.2. Confirmación de la utilidad de los contratos de trabajo a tiempo parcial para mejorar la situación del mercado español de empleo, si bien se propone su mejora, al objeto de promover su crecimiento (*vid.* reformas del art. 12 de la LET).

1.3. Definición del Programa de Fomento de Empleo para el año 2001 [Capítulo II del RD-Ley, arts. 4.º 12; disp. derog. única, letra d)].

¹³ Esta concepción dinámica, diversificada, adaptable de las normas de contratación permitiría, ante la constatada desigual distribución de oportunidades de empleo en los mercados, conciliar las exigencias de seguridad ocupacional (principio de estabilidad) con la inserción por la actividad de amplios colectivos o grupos de trabajadores peor situados (principio de empleabilidad).

Pese a tratarse de una cuestión habitualmente contemplada en las Leyes económicas, como la Ley de Presupuestos o la Ley de Acompañamiento a los mismos, y retomando parcialmente una orientación de técnica legislativa seguida en 1997, con la aprobación de una Ley específica de incentivos, el Real Decreto-Ley, aprueba una de las más típicas medidas de política de empleo, aunque ciertamente discutidas: las normas sobre distribución de fondos públicos en favor de la contratación de determinado colectivos de trabajadores. Esta regulación supone un amplio, aunque equívoco, conjunto de estímulos financieros para orientar la contratación empresarial en la orientación previamente definida. Puesto que esta importante cuestión será objeto de un análisis específico queda al margen de nuestro comentario*.

2.º Corrección por vía legislativa de determinadas disfunciones del sistema normativo anterior reveladas por la práctica contractual y convencional, tanto en la regulación de la contratación o fase de entrada como, igualmente, en la extinción o fase de salida.

2.1. Rigidez de la regulación dada en 1998 al contrato de trabajo a tiempo parcial (Capítulo I, art. 1.º, apartados 3 a 6 del RD-Ley 5/2001). La lógica inspiradora es claramente la FLEXIBILIDAD.

Sin duda es el precepto estatutario, junto al artículo 15, más afectado por la reforma de las modalidades de contratación laboral, es el artículo 12 de la LET. Se enmarca dentro de la previsión de evaluación de las medidas prevista en la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, que ahora se deroga, y es expresión de la confianza del Gobierno, en su momento compartida por los sindicatos pero no por los empresarios, por entender que su régimen era excesivamente inflexible, en la utilidad de esta técnica de reparto del empleo para cumplir una doble función: el incremento de empleo, en línea con lo sucedido en otros países europeos, por un lado, y mejora de la capacidad de las empresas para adaptarse a las concretas circunstancias económicas del mercado, por otro. De ahí que las reformas se orientan en exclusiva hacia la eliminación de aquellos aspectos que los empresarios consideraron más negativos:

- a) Se elimina el límite máximo fijado a través de un parámetro cuantitativo que, si bien limitaba las posibilidades evidenciadas por la práctica para un uso desviado de este contrato, suponía una mayor seguridad jurídica (apartado 1).
- b) Se restringe la presunción del carácter indefinido de esta modalidad contractual, si bien esta reducción se vincula al cambio de concepción, poco justificable, del contrato fijo-discontinuo (apartado 2), lo que no deja de contrastar con la voluntad de reducir la temporalidad.
- c) Se reduce el grado de exigencia para la concreción de las condiciones del contrato, aunque siempre por escrito [letra a) del apartado 4 del art. 12 de la LET].

* Véase en este mismo número el comentario de J. A. PANIZO ROBLES «El Programa de Fomento del Empleo para el año 2001 (Comentarios de urgencia al Real Decreto-Ley 5/2001)».

- d) Elimina algunas de las garantías de control del trabajador [ej. la denuncia tras un año de celebración del pacto de horas complementarias -supresión de la anterior letra c), art. 12 de la LET-];
- e) Amplía las posibilidades de intervención de la negociación colectiva en la ordenación de algunas cuestiones clave de su régimen jurídico -ej. extiende el límite máximo desde el 30% al 60% como porcentaje máximo de horas complementarias-; sin que la llamada o remisión se haga siempre en favor de la contratación, según sucedía, como regla general, tras la reforma de 1997 (¿se avanza algo la segunda fase de reforma ya anunciada, relativa a la negociación colectiva?).

2.2. El exceso de temporalidad y tasa de rotación de los que adolece nuestro sistema de contratación y, sobre todo, nuestra práctica contractual. El valor aquí protegido es el de la ESTABILIDAD.

En la referida convicción del carácter extremadamente disfuncional y distorsionador que, para el propio mercado de trabajo y para la gestión de la empresa, tienen las elevadísimas tasas de temporalidad todavía existentes en nuestro país, que sólo se han reducido entre dos y tres puntos en estos cuatro años (del 35% ha pasado al 32% aproximadamente), el legislador ha pretendido introducir «garantías adicionales» a las contempladas en 1997. La finalidad básica de este bloque de medidas de reforma es, así, avanzar en la lucha contra la utilización abusiva de la contratación temporal estructural, cuya ordenación jurídica resulta absolutamente deformada por la realidad práctica, con la complicidad, incluso el impulso, de la propia negociación colectiva e, incluso, con la elaboración de determinadas líneas interpretativas por parte de los jueces ¹⁴.

Entre las medidas más reseñables están:

- a) Técnicas de prevención y control del abuso en la contratación temporal.
- Mayor acotamiento del límite o período máximo de contratación a través del contrato eventual (nunca más de 12 meses en un período de 18 meses, reduciendo la regla de las 3/4 partes del período de referencia; previsión de una sola prórroga por acuerdo de las partes) -nueva letra b) apartado 1 del art. 15 de la LET-.
 - «Habilitación» a la negociación colectiva para la introducción de medidas de control (nuevo apartado 5 del art. 15 de la LET). Aunque recoge una opción técnica y de política jurídica ya seguida en la Ley 63/1997, respecto de los despidos económicos plurales, adolece de la misma deficiencia e ineficacia que su precedente. Su valor es puramente pedagógico como veremos, sin contenido regulador alguno.

¹⁴ Vid. S. OLARTE. *Los contratos temporales estructurales*. Comares. Granada. 2000.

- Introducción expresa de garantías en favor de la realización efectiva de los principios de igualdad y proporcionalidad (apartado 6 art. 15 de la LET), así como nuevos derechos de información (apartado 7), en línea de coherencia con la reforma introducida respecto del contrato a tiempo parcial por el Real Decreto-Ley 15/1998, así como con las propias exigencias de la Directiva comunitaria 99/70/CE.
- b) Medidas desincentivadoras de la contratación temporal eventual o por obra o servicio: se prevé una indemnización mínima de ocho días de salario por año de servicio para el momento de la extinción, en coherencia con lo que sucedía respecto del extinto contrato de fomento de empleo coyuntural, progresivamente suprimido, salvo para los trabajadores minusválidos [nueva letra c) del apartado 1 del art. 49 de la LET].
- c) Reforma técnica obligada por razones de coherencia entre la contratación temporal directa y la contratación temporal indirecta o mediante el recurso a las ETT. En este sentido se reformula el polémico supuesto de exclusión previsto en la letra c) del artículo 8 de la Ley 14/1994 -*vid.* Capítulo III, art. 13 del RD-Ley 5/2001-.

2.3. Facilitación del despido por causas objetivas de tipo económico en determinados supuestos. El valor tutelado aquí también es la FLEXIBILIDAD.

Evidenciando la permanente conexión entre el momento de la entrada o fase inicial de la relación y la salida o fase final de la misma, la reforma introduce una nueva causa extintiva en el artículo 52 de la LET, añadiendo una nueva letra, la e). Con ello se da solución legislativa a una cuestión que había suscitado un amplio debate doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial, considerando a partir de la reforma como causa de extinción la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo cuando se trata de ejecutar planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante partidas presupuestarias anuales.

2.4. Realiza una corrección de carácter eminentemente conceptual pero no carente de importantes consecuencias prácticas: cambia de nuevo la ubicación del contrato de los trabajadores fijos-discontinuos.

Se vuelve de esta manera a una ubicación histórica del mismo en el marco del artículo 15 de la LET que no encuentra fácil justificación (nuevo apartado 8 del artículo 15 de la LET). De este modo, no sólo cambia la configuración de este contrato sino que, junto a otras reformas que mencionaremos inmediatamente, en realidad se produce una alteración en la propia estructura del artículo 15 que afecta igualmente a la concepción de los contratos temporales, de modo que la progresiva depuración respecto de los contratos indefinidos, aunque discontinuos, modalidad de trabajo a tiempo parcial, y de los coyunturales, ahora se desvanece en gran medida. El artículo 15 aparecerá a partir de este momento como un auténtico «cajón de sastre», en el que podemos encontrar diferentes modalidades contractuales y diferentes objetivos de política jurídica, a veces contradictorios, por lo que se sacrifica una vez más, y de forma innecesaria, la coherencia normativa de un precepto que ya

evidencia en la práctica una extraordinaria conflictividad, en particular por su ineffectividad para frenar el uso patológico generalizado de las modalidades contractuales tradicionalmente previstas en él y desarrolladas reglamentariamente por Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

2.5. Revisión de la arraigada concepción de la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo, por considerar que responde a una imagen obsoleta de la actual realidad demográfica del mercado de trabajo español. En este caso, la tutela de la estabilidad perseguida es más bien la del Sistema de Seguridad Social, su VIABILIDAD FINANCIERA.

El Real Decreto-Ley 5/2001 procede a la derogación de la conflictiva, doctrinal y sobre todo jurisprudencialmente, disposición adicional 10.^a de la LET, por considerarla responsable de una amplísima gama de prácticas convencionales estimuladoras de medidas dirigidas a excluir del mercado de trabajadores, mediante la jubilación forzosa, a un amplio número de trabajadores por razones de edad. Este instrumento teóricamente considerado como útil para la redistribución o reparto de empleo entre diversas generaciones de trabajadores, del que se ha hecho también un uso desviado, con costes elevadísimos y resultados más bien limitados, se considera ahora por el legislador resultante de una concepción de la política de empleo «apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas».

2.6. Eliminación de uno de los límites previstos por el artículo 42 de la LET para acotar en sentido restrictivo la responsabilidad por la subcontratación.

En este marco, propio de las relaciones laborales triangulares o gestión indirecta de la mano de obra, el valor a proteger, de forma directa, es la SEGURIDAD JURÍDICA, de forma mediata o indirecta, la ESTABILIDAD, afectada negativamente por el recurso generalizado o ampliamente difundido a las formas de exteriorización de la organización de trabajo. La supresión del inciso final del apartado 2 del artículo 42 de la LET, que limitaba la responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones correspondientes a un trabajador fijo de la misma categoría o puesto de trabajo contratado directamente por ella, puede tener un efecto desincentivador de ciertas subcontrataciones, puesto que genera posibilidades de acuerdos orientados a desplazar sobre el principal condiciones de trabajo de difícil asunción en la realidad por el subcontratista (nuevo apartado 2, párrafo primero *in fine*, art. 42).

3.º Experimentar nuevas posibilidades de incremento de la tasa de empleo, bien a través de la adaptación de viejas modalidades contractuales de carácter temporal, como el contrato para la formación, bien creando nuevas modalidades, como el contrato de inserción. Aquí es evidente que el valor protegido es el de la EMPLEABILIDAD, aún a costa de la estabilidad.

3.1. Reformulación de modalidades de contratos ya conocidos: se propone un retorno a la concepción del contrato para la formación como una vía privilegiada para la inserción mediante la capacitación en alternancia con el empleo: contratos de inserción mediante la formación. A nuestro juicio, como veremos con cierto detenimiento, éste es el resultado al que aboca la eliminación del

requisito de la edad máxima para un amplísimo número de trabajadores -ej. desempleados de larga duración, incorporados a programas de talleres de empleo, excluidos sociales, trabajadores extranjeros recientemente llegados...- [nueva letra a) del apartado 2 del art. 11 de la LET].

3.2. Reinversión del contrato de inserción mediante la realización de trabajos de utilidad social mediante un contrato de obra o servicio determinado [nueva letra d) del art. 15 de la LET].

4.º Mejorar la transparencia del mercado de trabajo, en especial en materia tan exigida de control como el de la subcontratación:

- Garantías informativas frente a la subcontratación: se amplían los derechos de información de trabajadores y representantes, en línea de coherencia con la tendencia general a configurar la información como importante técnica de control de los abusos, si bien su alcance a tal fin es más bien limitado, a juzgar por la práctica.
- Forma del contrato: la reforma del artículo 8.º 2, cuya redacción se debe a la Ley 63/1997, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, tiene un carácter estrictamente técnico, y viene obligada por la aparición del nuevo contrato de inserción.

Realizada esta visión panorámica o de conjunto de las reformas propuestas por el Real Decreto-Ley 5/2001, y ubicadas todas ellas en las correspondientes finalidades de política del derecho perseguidas, procede entrar en el comentario analítico de cada una de ellas. A este respecto, ya hemos advertido que nuestro propósito es analizar con exhaustividad la reordenación del sistema de modalidades de contratación, objeto central de la reforma, junto al Programa de Fomento del Empleo. La referencia a otros aspectos de la dinámica de las relaciones laborales sólo serán analizadas por conexión a algunos de los comentarios a realizar respecto de los diferentes contratos.

III. REORDENACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL: LA DESNATURALIZACIÓN DEL TIPO CONTRACTUAL DEL ARTÍCULO 15 DE LA LET

1. La nueva tipología de contratos de trabajo temporal tras la reforma: modalidades de «contratos de inserción» en el Real Decreto-Ley 5/2001.

1.1. Los contratos de inserción por la formación en alternancia (art. 11.2 de la LET).

Si alguna modalidad de contratos temporales de trabajo se caracteriza por la inestabilidad normativa, sometida permanentemente a los «vaivenes» de las sucesivas reformas del mercado de trabajo, ésa es sin duda la del «contrato para la formación», según la denominación actual, o «contrato de

aprendizaje», según la concepción clásica. La razón de esta continua modificación de su régimen jurídico obedece al enfrentamiento entre dos concepciones distintas, aunque no necesariamente opuestas, del mismo: o bien se percibe como instrumento al servicio preeminentemente de la capacitación teórica y práctica del trabajador (contrato formativo), o bien, al contrario, se prima su utilidad para facilitar la inserción profesional de uno de los colectivos más golpeados por el desempleo, los jóvenes (contrato de inserción ocupacional). En un plano cuantitativo, puede concluirse que cuando ha primado el aspecto de la inserción su utilización se ha ampliado, en términos generales, mientras que cuando se ha vuelto al aspecto formativo, su atractivo para la empresa ha sido significativamente menor.

La segunda opción de política jurídica señalada es la que marcó las reformas sufridas en 1994, en la convicción de que la «falta de formación específica o experiencia laboral constituye siempre el más serio obstáculo para el acceso al empleo» (EM Ley 10/1994, de 19 de mayo). A tal fin, además de reducir significativamente los costes salariales y de protección social de estos contratos en relación a la regulación anterior, se amplió extraordinariamente su utilización a través de una flexibilización extrema de su regulación, como por ejemplo mediante el incremento de los límites mínimo (6 meses) y máximo (3 años), o la extensión de la edad máxima de las personas que podían ser contratadas (25 años). La reforma de 1997, como reacción a las agrias críticas vertidas sobre el que se consideraba prototipo de los denominados «contratos basura», en cambio, pretendió enfatizar los aspectos formativos, si bien son todavía muchos los aspectos de su regulación sólo comprensibles desde la perspectiva de la inserción ocupacional de determinados colectivos de jóvenes -ej. régimen de las prórrogas, ya voluntarias, que no precisan justificación en exigencias formativas, ya automáticas; duración de tres o cuatro años; carencia de protección por desempleo; posibilidad de retribuir por debajo SMI al exigir el principio de proporcionalidad al tiempo trabajado, salvo diferente previsión convencional-¹⁵.

Pues bien, la nueva reforma del mercado de trabajo se ha mantenido «fiel» a esta tradición histórica y ha vuelto a afectar la regulación del contrato para la formación, y si bien el régimen jurídico aplicable será tras la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley exactamente el mismo, el cambio realizado supone, a nuestro juicio, una evidentísima recuperación de la concepción, nunca abandonada, de esta modalidad como un auténtico y genuino *contrato de inserción mediante la formación en alternancia con la ocupación*. En este sentido, creemos que se trata de una reforma de tal envergadura que nuevamente supondrá un cambio cualitativo respecto a la reforma de 1997, aproximándose mucho más a la concepción que motivó la reforma de 1994, si bien mucho más tolerable o aceptable al haberse eliminado en aquella reforma los aspectos más negativos, hasta el punto de ser incluso tachados de inconstitucionales.

Como es sabido, el mencionado apartado 2, letra a) del artículo 11 viene a establecer, como limitación a la libertad empresarial de contratación, la necesidad de que el trabajador potencialmente beneficiario de este contrato carezca de una titulación específica que le imposibilite para suscribir

¹⁵ Vid. por todos F. J. PRADOS. «Inserción profesional y formación en el trabajo». En AA.VV. (J. L. MONEREO PÉREZ). *La reforma del mercado de trabajo... op. cit.*, pág. 230 y ss.

un contrato en prácticas. Aspecto este que no ha sido afectado por la reforma, y, por tanto, en un plano formal, debe entenderse que se mantiene el alcance que el precepto tenía con anterioridad; esto es, el objetivo principal del contrato para la formación sería el de la adquisición de formación teórico-práctica necesaria para desempeñar adecuadamente un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación ¹⁶.

Ahora bien, este mismo precepto establece un segundo límite, de carácter subjetivo, relativo al requisito de la edad, tanto mínima como máxima. A tal fin, la regulación precedente, fijada en términos no dispositivos para la negociación colectiva, situaba estas edades del siguiente modo: mayores de 16 años y menores de 21 años. Como regla general, estos términos se mantienen inmodificados, ahora bien, siguiendo una pauta propia de las típicas políticas activas de empleo en favor de determinados colectivos, el Real Decreto-Ley procede a una ampliación de la regla excepcional ya prevista en la versión anterior tan sólo para el colectivo de personas minusválidas. Ahora bien, los concretos colectivos afectados son de tal amplitud que hace dudar muy seriamente de que podamos seguir considerando técnicamente esta regla de apertura como excepcional, convirtiéndose más bien en una regla de normalización del contrato para la formación como contrato de inserción de un número creciente de colectivos especialmente desventajados o perjudicados en el mercado ordinario de trabajo, para los cuales ya no habrá límite de edad.

En este sentido, además del colectivo que en el texto del artículo 11.2 de la LET venía expresamente previsto, referido a los minusválidos desempleados, manifestación de una suerte de «acción afirmativa» en favor de este grupo de trabajadores especialmente desfavorecidos por las altas tasas de desempleo que sufren, la actual redacción del artículo 11.2 de la LET, incorpora cuatro colectivos más. A saber:

a) *Trabajadores extranjeros*, si bien sólo durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo.

Sin duda constituye una de las principales novedades de la reforma y se enmarca con toda evidencia en la dirección marcada por una nueva política inmigratoria, asentada más que sobre el control jurídico-administrativo de los extranjeros en la búsqueda de medidas de política activa de integración social, una de las cuales es, sin duda, la facilitación de la inserción profesional o acceso a nuestro mercado de trabajo. Sin duda ha de saludarse positivamente la opción de política legislativa que hay detrás de esta concreta previsión, por cuanto puede resultar una útil medida para facilitar el arraigo y la integración socio económica de colectivos especialmente afectados por el riesgo de exclusión.

¹⁶ Entendiendo por nivel de cualificación, según dispone el artículo 5.º del Real Decreto 488/1998, «el nivel susceptible de acreditación formal o, en su defecto, el nivel de cualificación de base para cada ocupación en el sistema de ocupación de la empresa». Para un análisis de los términos en que viene regulado el contrato para la formación, *vid.* J. R. MERCADER UGUINA. «Comentario al artículo 11 del ET», en AA.VV. (J. L. MONEREO: dir.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, pág. 209 y ss. *La centralidad de la enseñanza como contraprestación aparece claramente afirmada en la jurisprudencia. Vid.* SSTS 19-2-1996, ar. 1.302; 30-6-1998, ar. 5.540.

No obstante, el objetivo de fomentar la integración básicamente de los inmigrantes en situación legal o regular, obsesivamente perseguido por la nueva regulación en materia de extranjería (Ley 4/2000, de 11 de enero, en su versión Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), aparece con claridad en esta reforma, pues la medida sólo hace referencia a los extranjeros que hayan solicitado y obtenido el correspondiente permiso de trabajo. Por lo que se excluye la utilización de esta modalidad de contratación como vía para la regularización de inmigrantes en situación «ilegal», incluso como vía o canal para facilitar el acceso a nuestro mercado de trabajo a personas que pretendan entrar legalmente para buscar un empleo. De ahí que deba ser objeto de crítica por su carácter limitado a los efectos de una adecuada política activa de integración de los inmigrantes, a diferencia de lo que sucede ya con otras normas autonómicas que, en el marco de los convenios de rentas mínimas de inserción, configuran a los inmigrantes, sin referencia a su situación administrativa, como sujetos titulares de este derecho ¹⁷.

b) Desempleados de larga duración, definidos a estos efectos como aquellos que lleven más de tres años sin actividad laboral.

La presencia de este colectivo en el marco de las políticas activas de empleo e inserción profesional no es ninguna novedad, pues resulta uno de los grupos de trabajadores vulnerables habituales en las diferentes normas y programas de actuación de esta naturaleza. Quizás lo que sí representa una novedad es la delimitación del concepto, pues se elige un período temporal mucho más extenso de lo habitual, y además no se exige que esté inscrito como demandante en los correspondientes servicios de colocación. A este respecto, basta contrastar esta definición con la prevista para el contrato de fomento de empleo estable, que identifica el concepto de parado de larga duración relevante a sus efectos con aquella persona que lleve «al menos, seis meses inscrito como demandantes de empleo» [disp. adic. 1.^a, apartado 2, letra a) 4.^a Real Decreto-Ley 5/2001].

La diferente finalidad perseguida por ambas modalidades contractuales permite pensar en la razonabilidad de la diferencia de criterio, si bien una vez más nos encontramos con una regla que evidencia claramente el objetivo primario de la inserción profesional. No obstante, la función formativa aparece también reflejada en esta delimitación, en cuanto que la exigencia de un período tan largo implica que el legislador ha tenido en cuenta la erosión o el deterioro de conocimientos que suele suponer el paso de tres años sin actividad profesional, en particular en una sociedad que varía aceleradamente en sus procesos productivos y actividades, por lo que se exigiría, para compensar su mayor riesgo de inempleabilidad, una capacitación específica. Esta regla resulta análoga a la prevista en el artículo 11.1 de la LET para los contratos en prácticas (*vid.* límite de los 4 años -o 6 en caso de minusválidos-).

c) Desempleados en situación de exclusión social.

Esta novedad legislativa recoge una doble evolución, la primera de carácter sociológico, la segunda, paralelamente, de naturaleza netamente normativa. Conforme a la primera, aparece hoy ya suficientemente constatada la estrecha conexión entre dos fenómenos en otro tiempo considerados

¹⁷ Vid. C. MOLINA y J. L. MONEREO. *El derecho a las rentas de inserción*. Comares. Granada. 1999.

diferentes y diferenciables, el desempleo y la exclusión social, de modo que cada vez con mayor frecuencia la exclusión social, identificada no con una forma de pobreza, sino con la privación del ejercicio de los derechos sociales básicos, es resultado de la exclusión profesional, la exclusión del mercado de trabajo.

Por lo que concierne a la segunda, y paralelamente a aquella evolución sociológica, es posible constatar una creciente preocupación de las normas jurídicas, de distinta naturaleza y procedencia, por *configurar a los excluidos sociales como beneficiarios preferentes de las políticas activas de empleo*¹⁸. Así sucedió primeramente en los ordenamientos autonómicos, en particular en el contexto de la regulación de las «rentas mínimas de inserción» y convenios de inserción, y después en el ámbito de la legislación estatal, sea en los más recientes Programas de Fomento del Empleo, especialmente a partir del previsto para el año 2000, sea en el marco de la reestructuración de las políticas de ayuda social (ej. «rentas activas de inserción»).

Naturalmente, uno de los principales problemas que suscita esta previsión es la extremada indeterminación del colectivo de referencia, en la medida en que la configuración del concepto de «exclusión social» no es pacífica y no existe una legislación estatal que haya normativizado, por el momento, su contenido. Contrasta esta situación de ambigüedad o indefinición con el tratamiento que, esta misma cuestión, ha recibido en orden a delimitar el ámbito de aplicación de los beneficios establecidos para el Programa de Fomento del Empleo para el año 2001. Así, a los efectos de identificar aquellas empresas -y también entidades sin ánimo de lucro- que contraten, indefinida o temporalmente, trabajadores desempleados en situación de exclusión social, prevé que esta situación «se acreditará por los correspondientes servicios sociales municipales y queda determinada por la pertenencia a alguno de los siguientes colectivos...», entre los que aparecen los «perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma» (art. 4.º 1.3 del RD-Ley 5/2001).

A falta de un criterio específico, parece claro que la amplitud y garantías que presenta el referido concepto de exclusión social permite su proyección a los efectos de determinar el ámbito aplicativo del contrato de inserción, mediante formación en alternancia, regulado en la letra a) del artículo 11.2 de la LET. En este sentido, debe recordarse que este tipo de contratos es susceptible de obtener una bonificación en la cuota empresarial de la Seguridad Social en los términos previstos por el artículo 6.º 4 del RD-Ley 5/2001.

d) Los *desempleados que se incorporen a los programas públicos de empleo-formación* constituidos por las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo.

Se incluye dentro de este extenso elenco de colectivos, sin limitaciones en la edad para celebrar el contrato para la formación, un conjunto de sujetos para los cuales, en la actual regulación, se preveía un límite específico (24 años), según preveía la disp. adic. segunda de la Ley 63/1997, que ahora se deroga, y que venía a expresar la vinculación entre los programas públicos de formación

¹⁸ Vid. J. L. MONEREO y C. MOLINA. *El derecho a las rentas... op. cit. passim.*

ocupacional y las políticas de fomento del empleo [art. 14 de la Ley Básica de Empleo, recogida en el Plan de Formación e Inserción Profesional (FIP) y ahora reforzada por PNE]. No obstante, no existe una plena coincidencia en los términos en que vienen delimitados ambos campos subjetivos de aplicación: esta disposición adicional 2.^a mencionaba expresamente también a los contratados para la formación en el marco de los programas de «garantía social» desarrollados por las Administraciones Educativas (OM 12-1-1993), pero no preveía la inclusión de los incorporados a los Talleres de Empleo, pues la regulación de éstos es posterior (1999), mientras que la nueva letra a) del artículo 11.2 de la LET no incluye expresamente los programas de «garantía social» y, en cambio, sí incluye los programas de Talleres de Empleo.

Como es sabido, los programas públicos de empleo-formación característicos de las Escuelas Taller y Casas de Oficios (Plan FIP de 1993; OM 3-8-1994 y Res. del INEM 7-7-1995), de gran éxito por su capacidad contrastada de mejorar la capacidad de inserción profesional de determinados colectivos de jóvenes, según una de las principales directrices de la política comunitaria de empleo (*vid.* Pilar I), tiene como finalidad fundamental dar la cualificación profesional necesaria mediante un particular sistema de aprendizaje en alternancia o mixto formación-empleo, que conjuga formación teórica y práctica laboral en actividades relacionadas ahora cada vez más con los nuevos yacimientos de empleo. El proceso de mejora de la capacidad de inserción profesional de este colectivo se articula, pues, en una doble fase, una formativa, primero, y otra, ocupacional. Pero no obstante esta incuestionable dimensión contractual, la actividad no se presta para una organización económico-empresarial sino para una entidad promotora, ya se trate de AA.PP., Territorial ó Estatal, Autonómica, Local o Institucional, ya de cualquier ente del sector público estatal, ya de asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro (art. 2.º de la OM 3-8-1994).

Precisamente, su encuadramiento en el sistema institucional de formación profesional ocupacional (STS 26-10-1999; STSJ Castilla y León, 17-9-1996, ar. 283) y no propiamente en el sistema productivo ha venido justificando la exclusión de parte de las garantías previstas para el contrato de formación. Así, junto a la ampliación de la edad de contratación hasta los 24 años -límite ahora eliminado-, cabe destacar la inaplicación del número máximo de contratos en relación a la plantilla y del número máximo de alumnos por tutor, al tiempo que mantiene un sistema particular de financiación (disp. adic. 2.^a RD 488/1998). Ahora bien, al mismo tiempo, esta marcada dimensión institucional de un contrato de formación caracterizado por una regulación especial, dificulta la igualmente pretendida finalidad de facilitar una dinámica más eficaz de transición hacia el mercado ordinario de trabajo, en particular de contrataciones indefinidas ¹⁹.

Cuestiones análogas se presentan respecto a otra modalidad de formación en alternancia o programa mixto de empleo-formación, si bien ésta enmarcada en el sistema educativo, como son los programas de «*garantía social*», en cuanto otra modalidad que persigue dar formación básica, y al mismo

¹⁹ STS, Sala 4.ª, 26-10-1999, ar. 8408; STSJ Galicia, 7-3-1998, ar. 1019. Precisamente, este objetivo de imbricar de forma más eficaz la formación con la dinámica empresarial, objetivo básico del entero sistema de formación profesional, pero en especial del subsistema de formación reglada y de formación ocupacional, ha motivado la creación de centros de iniciativa empresarial, que pretenden servir de servicios de orientación y asesoramiento sea para facilitar el autoempleo de estos jóvenes sea para mejorar su acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena. *Vid.* Orden Ministerial de 3-8-1994.

tiempo profesional, a los alumnos que, cumplidos los 16 años, no han superado los estudios de educación secundaria (RD 1345/1991, 6.9), articulándose a través de un sistema de aprendizaje profesional análogo al anterior. Consecuentemente, dadas estas estrechas conexiones funcionales y estructurales, deben entenderse también incluidos los beneficiarios de tales programas en la actual letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la LET, pues consideramos que la ausencia de referencia no implica un «silencio elocuente» o exclusión sino que se trata más bien de un simple olvido del legislador ²⁰.

Los Talleres de Empleo (RD 282/1999), considerados simplemente como una proyección de la lógica inspiradora de los referidos programas de formación-empleo propios de Escuelas Taller y Casas de Oficios a los desempleados mayores de 25 años (EM RD), se encuadran también en el marco de la política de fomento de la empleabilidad de este colectivo de desempleados, si bien en su dimensión de instrumento para favorecer la «reinserción» en el mercado de trabajo (art. 1 del RD 282/1999). Aunque entronca plenamente como la referida directriz comunitaria, recogida sucesivamente en los diferentes Planes de Empleo (1998, 1999, 2000), relativa a la mejora de la capacidad de reinserción profesional de adultos mayores de 25 años mediante políticas activas de formación profesional, la actual regulación reglamentaria parece reducir en exceso el potencial ámbito de beneficiarios, coincidiendo parcialmente con algunos de otros colectivos con especiales dificultades de inserción recogidos en la actual letra a) del artículo 11.2 del LET ²¹. Una reducción que quizás puede perjudicar su eficacia a los efectos de instrumentar una verdadera oportunidad de empleo, tanto en el marco de las entidades promotoras, primero, como de las empresas, después, salvo en el ámbito de las denominadas «empresas de inserción» (ej. cooperativas de iniciativa social *ex* Ley 29/1999).

La instrumentalización del contrato de formación al servicio de una política de inserción o, en su caso, de reinserción de desempleados mayores de 25 años en especiales dificultades de acceso al empleo, a través del programa de formación en alternancia representado por los Talleres de Empleo (Res.del INEM 31-3-1999), viene a clarificar y simplificar el problema anteriormente suscitado respecto a la determinación de la modalidad contractual necesaria para formalizar el programa, aun a costa de desvirtuar o desnaturalizar la tradicional configuración de aquél. A cambio se evita profundizar todavía más, al menos desde este ámbito normativo y de política de empleo, en el amplísimo proceso de desnaturalización producido en el marco de la contratación temporal estructural, ya con la ampliación de los denominados contratos de trabajo sometidos a condición resolutoria *ex* artículo 49.1 b) de la LET ²², ya con el crecimiento desmesurado e incontrolado de los contratos por

²⁰ En todo caso, debe tenerse en cuenta que la finalidad eminentemente social de esta figura y su carácter de empleo protegido, así como su ubicación en sede educativa, relativiza la predisposición de garantías frente a usos abusivos, al tiempo que puede justificar la reducción de garantías respecto a las previstas en las modalidades de contratación estructural *ex* artículo 15, al menos en su formulación originaria. *Vid.* M. A. BALLESTER. «La relación contractual en los talleres de empleo». *RL*. 1999-I.

²¹ Se limita a los que tengan «especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo, tales como parados de larga duración, mayores de 45 años, mujeres y personas con discapacidad así como las que se determinen como colectivos preferentes de actuación en los planes nacionales de acción para el empleo de cada año». Nuevas limitaciones aparecen en el artículo 6.º 3 de la Orden Ministerial de 9-3-1999.

²² Para esta primera opción favorable al encuadramiento del programa de Talleres de Empleo en el ámbito del contrato temporal sometido a condición resolutoria, la doctrina afirmada con carácter general por la STS 15-1-1997, ar. 497. En ella se afirma con nitidez la legalidad de la contratación temporal en el marco de las contrataciones de obras y servicios, en

obra o servicio determinado *ex* artículo 15.1 a) de la LET, en ambos casos que con el apoyo entusiasta de la jurisprudencia, en particular cuando se trata de la Administración Pública, a la que otorga un auténtico privilegio de contratación ²³.

A este respecto, el artículo 3.º de la Orden Ministerial de 9-3-1999 preveía que desde el mismo momento de la incorporación al Taller Ocupacional o de Empleo (simultaneidad de la formación teórica y la práctica laboral, lo que no sucede en los programas de Escuelas Taller, ni necesariamente con carácter general en los contratos formativos), los trabajadores participantes deberán ser contratados por la entidad promotora. Ahora bien, no precisaba la modalidad contractual adecuada, limitándose a prever la necesidad de que se utilice el contrato «más acorde con las circunstancias del trabajador y del proyecto», debiendo ser una contratación a tiempo completo y con una duración que no podrá exceder, lo cual es obvio, del período previsto para la realización del proyecto de Taller de Empleo, fijándose la duración mínima en seis meses y máxima de un año (art. 3 del RD 282/1999) ²⁴.

La posibilidad de acudir al contrato de obra o servicio determinado para formalizar contractualmente el programa de Talleres de Empleo podría deducirse del propio tenor literal del artículo 1.º 2 del Real Decreto 282/1999, según el cual los participantes en estos proyectos adquirirán la formación profesional y práctica laboral necesaria a través de la realización de «obras y servicios de utilidad pública o interés social» ²⁵. La opción del legislador de la reforma aquí comentada ha sido, sin embargo, diferente, confirmando la centralidad que, a partir de ahora, asume el contrato para la formación para canalizar la política de mejora de la capacidad de inserción profesional mediante programas de formación profesional en alternancia con actividades ocupacionales o empleo.

clara contradicción con la línea de reformas legales orientadas hacia la restauración de la causalidad de los contratos temporales, rota en gran medida por la práctica convencional y empresarial. En esta misma dirección flexibilizadora STS 28-9-1996, ar. 2738.

²³ Para esta segunda posibilidad de formalización, ligada al contrato de obra, podría utilizarse la jurisprudencia favorable a ampliar, con carácter general, el objeto de este contrato a situaciones vinculadas más a condiciones o circunstancias externas, en particular cuando concurren razones de orden presupuestario, que a la propia naturaleza de la actividad a realizar. *Vid.* SSTs 13-2-1993, ar. 1174; 25-1-1994; 0. 6-1994, ar. 5422; 3-11-1994, ar. 8590. Una línea que es coherente con la extremada generosidad que la jurisprudencia muestra respecto de la política de contratación en las AA. PP. *Vid.* SSTs 24-7-1995, ar. 6334; 7-11-1995, ar. 8252; 14-1-1998, ar. 1; 27-3-1998, ar. 3159. En general *vid.* S. OLARTE. *Los contratos temporales estructurales*. Comares. 2000.

²⁴ Por cierto, respecto a esta cuestión se plantea una posible contradicción entre regulaciones: mientras que la normativa reguladora de los programas de Talleres de Empleo establece un límite máximo de 1 año, la letra c) del apartado 2 del artículo 11 fija un período máximo de 2 años, remitiendo a la negociación colectiva sectorial estatal, o en su defecto la sectorial de ámbito inferior, la determinación de otras duraciones. En virtud de la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley puede entenderse derogada esta cláusula limitativa, entendiéndose que existe una oposición -técnica de la derogación material o tácita- entre ambas regulaciones, que ha de resolverse en favor de la norma de mayor rango.

²⁵ En el mismo sentido, el artículo 10 Orden Ministerial de 9 de marzo de 1999 fija la necesidad de acompañar documento en el que se detalle la obra o servicio a ejecutar, así como un plan formativo del taller de empleo en el que se determine la correspondencia entre el plan formativo por especialidades y las unidades de obras o servicios. Ahora bien, como se ha observado, esta vinculación a una obra o servicio de utilidad pública, a diferencia de la vinculación temporal del contrato para la formación, no necesariamente tenía que implicar una elección contractual concreta sino la determinación del «tipo de actividad» a realizar. *Vid.* M. A. BALLESTER. *La relación contractual... op. cit.*, pág. 733.

Ciertamente, con ello se gana en coherencia respecto a los instrumentos contractuales a utilizar para articular normativamente esta política activa de empleo, correspondiente al Pilar I de las directrices comunitarias, así como respecto de la configuración del contrato temporal por obra o servicio determinado en el artículo 15 de la LET, ya suficientemente desvirtuado o desnaturalizado por la jurisprudencia, la negociación colectiva y la práctica empresarial, dentro y fuera de la Administración Pública. Sin embargo, el «precio» a pagar es la propia deformación o desvirtuación, o si se prefiere la mutación, del sentido y alcance de la tradicional configuración del contrato para la formación, tal y como ya se ha indicado.

Han dejado de ser, por tanto, los jóvenes sin cualificación específica los únicos colectivos beneficiarios de los contratos formativos, para convertirse en una vía normalizada de inserción de todos aquellos colectivos, independientemente de su edad, especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, incluso en situación de exclusión social, naturalmente siempre que carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas, por tanto con especiales necesidades formativas. Formación e inserción profesional, pues, se unen con más fuerza y claridad que nunca hasta el momento en un mismo vínculo jurídico-ocupacional, si bien, a la vista de los términos en los que viene descrito el régimen jurídico del contrato para la formación, los cuales son sin lugar a dudas más favorables para el empresario que la realización de otro tipo de contratos, y la amplitud de los colectivos beneficiarios, puede afirmarse con toda rotundidad que la función formativa actúa más para justificar su regulación que para darle sentido ²⁶.

En definitiva, ni es ya necesariamente una vía para facilitar el primer empleo, por cuanto queda abierto a un amplísimo abanico de sujetos que ya han podido desarrollar una actividad previa, con lo que los diferentes sistemas de aprendizaje o formación en alternancia que pretende formalizar contractualmente pierde parte de su significado, ni por supuesto ya se limita al colectivo de los jóvenes. Junto a la típica finalidad de inserción profesional ahora asume otras, tales como la reinserción en el mercado de trabajo de personas excluidas del mismo, proporcionándoles una oportunidad de readaptación o reciclaje a nuevas actividades, según un objetivo propio del sistema de formación profesional, básicamente el subsistema de la formación ocupacional pero en cierta medida también del subsistema de la formación continuada, o la lucha contra la exclusión social, buscando su recuperación para el «sistema» y para su mercado, apareciendo por vez primera como colectivo especialmente protegido el de los trabajadores extranjeros (política de integración social por lo económico del inmigrante). Este decisivo cambio obedece a evidentes razones sociales pero también, no puede dudarse, a manifiestas razones económicas, según una lógica equilibradora o compromisoria presente en la política de formación profesional, uno de los ejes de la política comunitaria de empleo (art. 125 Tratado de la Unión Europea).

²⁶ Vid. F. J. PRADOS. «Inserción profesional y formación en el trabajo». *op. cit.*, pág. 251.

1.2. *El contrato de inserción por la realización de obras o servicios de utilidad social (contratos de workfare).*

La incorporación de un nuevo supuesto al artículo 15 de la LET, cuyas últimas reformas se habrían dirigido pretendidamente a introducir un mínimo de racionalidad en su representación normativa y en su práctica, implica una opción de política jurídica distinta, incluso opuesta, a la evidenciada respecto al vínculo contractual formalizable para poner en práctica los programas de Talleres de Empleo. Si respecto a esta medida la nueva regulación se ha preocupado de evitar profundizar más en el proceso de descausalización a que se ven sometidos los contratos temporales estructurales, en particular en el ámbito de la Administración Pública, la previsión en esta misma norma de un típico *contrato de inserción por la realización de trabajos de utilidad social*, estrictamente dependiente de las directrices de política de empleo dominantes en cada momento, se sitúa en la opuesta línea de desvirtuación o desnaturalización de aquel tipo contractual *ex* artículo 15 de la LET ²⁷.

Paradójicamente, una reforma del mercado de trabajo realizada en los albores del siglo XXI parece dirigir su mirada al pasado para encontrar «nuevos» instrumentos que sirvan para mejorar la capacidad de inserción profesional de los desempleados y, por tanto, de incrementar las oportunidades de empleo. En realidad, esta innovación normativa no hace sino volver a dar un fundamento legislativo a una *modalidad de empleo público temporal* que, en nuestra legislación histórica se conoció como «empleo comunitario», originariamente ligado al desarrollo del medio rural, y que en el actual marco de políticas y legislaciones de empleo, tanto en los países europeos como en Estados Unidos, se conoce como contratos de *workfare State*, esto es, como contratos que pretenden mejorar la situación de los desempleados no a través de ayudas sociales sino mediante la realización de trabajos de utilidad social ²⁸.

Aunque no estamos, por tanto, ante una política nueva, sino que cuenta con antecedentes que se remontan muy lejos en el tiempo, y sin perjuicio de reseñar su ambivalencia como instrumento adecuado de política de empleo, sí asume en las diversas experiencias de las economías occidentales una nueva «modernidad», una nueva función socioeconómica ²⁹. En el debate que ha acompañado este proyecto se distingue la emersión de una nueva función del *workfare*, en atención a la cual el trabajo socialmente útil no aparece tanto, o no sólo, como instrumento para la reinserción profesional, aparece como factor productivo de un sector de la sociedad que no viene organizado según las formas clásicas de mercado, sino que se basaría en el intercambio entre una renta suficiente del ciudadano y la prestación de servicios sociales, ecológicos y culturales en general, que es por donde van las nuevas necesidades sociales en aumento (nuevos yacimientos de empleo).

²⁷ Vid. L. M. CAMPS RUIZ. *La contratación laboral temporal*. Valencia. 1995; S. OLARTE. *Los contratos temporales estructurales*. Comares. Granada. 2000.

²⁸ Vid. C. MOLINA. «Del Welfare State al Workfare State». AA.VV. *Problemas y tendencias de la protección social*. MTAS. 2000.

²⁹ A. TURSI. «I lavori socialmente utili come misura di workfare». *RIDL*. 1995. I, en notas 8 y 9.

Así, en experiencias europeas como la italiana o la alemana, esta redefinición de las tradicionales políticas de «empleo comunitario» o de trabajos de utilidad social, en la línea de convertirlos en una pieza importante de las nuevas políticas de empleo, implica atribuirle una dimensión institucional, pasando de niveles de *workfare* «meramente simbólicos», residuales, a una estrategia sistemática y estructural que alcance a un mayor número de trabajadores, planteando la transformación de los actuales amortiguadores sociales de «costes improductivos» en beneficios sociales. De esta forma, pues, el *workfare* viene aquí configurado como una forma de racionalización eficaz y eficiente el gasto público asistencial, contribuyendo, al mismo tiempo, a la mejora servicios deficitariamente asistidos, y al incremento de las posibilidades de empleo en el marco de la política de promoción de la cobertura de «nuevos yacimientos de empleo».

En consecuencia, y a modo de conclusión de estas experiencias europeas, nacido como forma de empleo en sentido amplio atípica y precaria, y con el objetivo originario de evitar daños irreversibles a la personalidad y dignidad profesionales del trabajador inactivo, además de incrementar las posibilidades de reintegración al mercado a través de nuevas experiencias de trabajo, el *workfare* se enriquece de nuevas finalidades, mediante un empleo más productivo de los recursos destinados al:

- a) Sostenimiento de las rentas de los desocupados.
- b) La mejora de servicios públicos, y
- c) La realización de economías de gestión, en sectores en los cuales el recurso a trabajos socialmente útiles se revela idóneo para cubrir temporalmente carencias de personal, o bien para mejorar la cualidad de algunos servicios sin incrementar la plantilla fija de las Administraciones Públicas.

Pues bien, así sucintamente descrito este interesante debate, ahora concretado en programas, políticas, experiencias e incluso en las directrices que constituyen la política comunitaria de empleo, éste es el contexto ideológico, normativo e institucional en el que ha de situarse la previsión de una nueva modalidad de contrato temporal denominado *contrato de inserción*, aunque ni el concreto ámbito normativo elegido ni la regulación aportada sean las adecuadas para la superación de buena parte de los problemas que este tipo de contratación ha venido generando. Como es conocido, una vía de este tipo, que conoce diferentes modalidades, todas ellas desarrolladas en normas de rango inferior, Decretos y Órdenes Ministeriales con la excepción de la modalidad propia de los trabajos de «colaboración social», tiene hoy un desarrollo reducido, constituye una vía residual de acceso al empleo público, si bien en esta materia las Administraciones Públicas han venido contando con un amplísimo margen de actuación, como ha sucedido en general con la contratación temporal en su ámbito, sin duda el sector de contratación actualmente más irracional y arbitrario ³⁰.

³⁰ A modo de ejemplo *vid.* la incomprensible figura, de creación judicial, del trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla. SSTS 20-1-1998, ar. 1000; o el favor hacia las irregularidades administrativas en materia de contratación con el pretexto del carácter no sustancial. *Vid.* STS 27-3-1998, ar. 3159.

A la luz de la regulación de la nueva letra d) del artículo 15 de la LET, que de esta manera deja de ser un precepto regulador de contratos temporales estructurales en sentido técnico o propio, para dar cabida a contratos de coyuntura o subordinados a las directrices de la política de empleo, la figura contractual ahora reconocida legalmente se asemeja a, aunque no se identifica con, la modalidad actualmente prevista en la Orden Ministerial de 2 de marzo de 1994. En ella se reglamenta una fuente de «empleo comunitario», según la antigua denominación, o de trabajo de utilidad social, según la noción más moderna, consistente en la realización de obras y servicios de interés social, si bien limitada a la promoción por parte de las Corporaciones Locales, correspondiendo al INEM determinadas facultades, como la selección de los desempleados cuya contratación este Organismo va a subvencionar con cargo a sus presupuestos. Esta modalidad se vincula fundamentalmente al actual marco de las denominadas políticas locales de empleo ³¹.

La regulación del «nuevo» *contrato de inserción* parece, no obstante, apuntar en una dirección superadora de los planteamientos tradicionales de estas vías de acceso al empleo público temporal, en la dirección que exigen las contemporáneas directrices comunitarias sobre política de empleo, aunque, como hemos dicho, la regulación adolezca todavía de excesivas dosis de incertidumbre y no revise con la profundidad necesaria algunas de las bases más problemáticas de la situación reglamentaria y localista precedente. Cuestiones que el necesario desarrollo reglamentario de estas, y otras, cuestiones recogidas en la actual reforma tendrá que resolver, en virtud de la habilitación al Gobierno para el desarrollo de estas nuevas reglas (disp. final primera). Por lo que refiere a la **causa** es manifiesto el objetivo de *inserción profesional* que persigue, en la medida en que expresamente refiere a su utilidad para adquirir la experiencia laboral necesaria para mejorar, en el marco del Pilar I de la política comunitaria de empleo, la «empleabilidad» u «ocupabilidad del desempleado participante». Nos encontramos, pues, con un contrato que se muestra como un híbrido entre la función de experimentación práctica, en cuanto que pretende suministrar más que una formación específica una «experiencia laboral», con lo que además posibilitaría su diferenciación respecto de los contratos formativos para programas mixtos de empleo-formación, recogidos en el artículo 11.2 letra a) de la LET, en especial respecto de los talleres de empleo, y un típico contrato de fomento de «empleo protegido». A diferencia de los contratos temporales estructurales, cuya causa o función socioeconómica se vincula, al menos formalmente, a la cobertura de necesidades de la empresa de esta naturaleza temporal; esta modalidad, aun contemplándose en el mismo precepto, responde más a fluctuantes y contingentes objetivos de política de empleo que a necesidades de cobertura de actividades temporales propias de la Administración Pública [art. 15 c) de la LRFP].

Por lo que concierne al **objeto**, el propio precepto delimita el tipo de actividad en que se concreta la prestación de esta modalidad de contrato de inserción profesional, y que en coherencia con los típicos programas de fomento de empleo de las Administraciones Públicas se concreta en la realización de una «obra o servicio de interés general o social», incluidas en el ámbito de competencias de la Administración Pública promotora o contratante. El criterio de referencia remite, pues, a

³¹ Para una perspectiva económica y tecnológicamente más avanzada *vid.* la regulación del programa de desarrollo local I+E.

un concepto jurídico extremadamente indeterminado, que abre un amplísimo abanico de actividades susceptibles de permitir el acceso a una contratación de este tipo. Esta indefinición contrasta abiertamente con la exigencia legal de delimitar de forma precisa y determinada la obra o servicio a contratar, según la modalidad de contrato temporal estructural prevista en el apartado a) del artículo 15 de la LET³².

Desde esta perspectiva, es lícito estimar que con tal delimitación del objeto de la nueva modalidad o tipo contractual temporal, el legislador, pese a su promesa de introducir mayores elementos de seguridad jurídica y estabilidad contractual, viene en realidad a complicar todavía más el ya extremadamente confuso panorama de los contratos de obra o servicio, en particular en el ámbito del empleo público. Lo que se produciría no sólo por la identidad de términos utilizados por el legislador para referirse al objeto propio del contrato, pues en ambos casos se habla de «obra o servicio», sino también por la ya referida ampliación del contrato formativo a los programas de Talleres de Empleo, cuya normativa reguladora acota el objeto de la fase de capacitación profesional u ocupacional a través del concepto de prestación de «servicios de utilidad colectiva», o de interés general, como la promoción del turismo, el desarrollo cultural, o de interés social, como el desarrollo de servicios de atención a las personas más necesitadas de la comunidad³³.

De este modo, es razonable pensar que el actual diseño legislativo, y a falta de una mayor concreción reglamentaria, primero, y jurisprudencial, después, abre dos posibilidades de configuración técnica de este contrato de inserción. A saber:

1.º El contrato de inserción es un *subtipo del contrato de obra o servicio* determinado, caracterizado por el «interés social» de la actividad.

Por un lado, es posible interpretar, en atención a la redacción literal de la norma, que en realidad lo que se ha introducido no sería más que un *subtipo del tipo genérico de contrato de obra o servicio*, singularizado sólo por la naturaleza del servicio o actividad, que ha de ser de utilidad social o de «interés general», así como por la causa o finalidad típica, pues se enmarca dentro del objetivo de facilitar la inserción ocupacional, según una lógica propia de la política de empleo. Esta construcción vendría avalada por la abundante, aunque criticable, jurisprudencia que ha venido insistiendo, aunque al precio de su progresiva descausalización, en la reconducción hacia la modalidad

³² Vid. SSTS 10-12-1996, ar. 9159; 7-7-1997, ar. 6250; 11-11-1998, ar. 9623; 21-9-1999, ar. 7534; 26-10-1999, ar. 7838, entre otras muchas.

³³ Lo que ha llevado en otras formas de empleo «comunitario» o de utilidad social a configurar esta existencia de una concreta obra o servicio, que en sí mismo constituya un trabajo con sustantividad propia, como presupuesto necesario para la dinámica de este tipo de contrataciones. Como sucedió con una amplia doctrina judicial elaborada en diversos Tribunales Superiores de Justicia -ej. SSTSJ Castilla-La Mancha, 13-5-1999, ar. 2262; 12-4-2000, ar. 1909- respecto de la actividad que el Real Decreto 1445/1982, primero, y el artículo 213.1 de la Ley General de la Seguridad Social después, denomina «trabajos de colaboración social», pero que no se configuraría como una relación laboral, sino como un «contrato de empleo temporal de colaboración social». Ante la diversidad de posiciones judiciales -contra STSJ Andalucía/Sevilla, 21-12-1998, ar. 7797- la doctrina sentada en unificación de doctrina terminó rechazando aquella construcción convergente. Vid. STS, 24-4-2000, ar. 5147.

de contrato de obra o servicio determinado de un amplísimo catálogo de empleos organizados en el marco del Plan FIP, y en general de las políticas de empleo³⁴. Cerrada la vía expansiva del contrato de obra por la regulación de los Talleres de Empleo, la nueva reforma le abriría el camino del contrato de los programas de inserción por la realización de trabajos de utilidad social.

2.º El contrato de inserción constituye una forma de empleo que precisa un *tipo contractual específico y diferenciado* de cualquier contrato de trabajo temporal estructural.

Por otro lado, es igualmente razonable y posible en buena técnica jurídica pensar que el legislador, al introducir un nuevo supuesto de contrato temporal, diferenciado del contrato por obra o servicio determinado, ha querido racionalizar la confusa situación creada por esta jurisprudencia. De este modo, se pretendería, en realidad, corregir el resultado final al que habría conducido esta práctica jurisprudencial: una excesiva descausalización del contrato de obra, con el consiguiente efecto de inestabilidad e incertidumbre jurídica, sin más justificación que introducir una dosis más de flexibilidad en la contratación temporal realizada por las Administraciones Públicas. Constituiría, pues, una modalidad con singularidad propia, hasta el punto de no pertenecer ni tan siquiera al tipo de los contratos temporales estructurales, como hemos dicho, aunque comparta ahora con ellos ubicación, lo que no puede dejar de ser criticable desde una correcta técnica jurídica. A nuestro juicio, esta parece la interpretación más acorde con la razón de ser del precepto, pero no por ello deja de evidenciar ciertas conexiones con el contrato de obra -ej. carácter indeterminado o incierto de la duración-.

Por lo tanto, los presupuestos previstos en la letra a), en particular los requisitos de la autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa -en este caso la Administración-, no serían aplicables, al menos en sentido estricto, por lo que no sería ya necesario recurrir a las construcciones artificiales de la jurisprudencia para forzar su encuadramiento en aquella hipertrofiada modalidad³⁵. Cuando la norma utiliza el concepto de «obra o servicio» no estaría determinando, en consecuencia, la naturaleza del vínculo sino el tipo de actividad a realizar, singularizada por su utilidad o «interés general» o «interés social», lo que marcaría con claridad, al menos aparentemente, las diferencias. Si el contrato de obra sirve a los objetivos de satisfacción de las necesidades de organización temporal del trabajo de la empresa del sector mercantil de la economía, e incluso del sector público, entendido en el sentido amplio que hoy adquiere en las Leyes de Presupuestos, el contrato de inserción se instrumentaliza plenamente al servicio de la política de empleo en general, y de la lógica de inserción ocupacional en particular.

³⁴ Reconduce al contrato de obra o servicio determinado la realización de trabajos vinculados a la puesta en marcha de un programa de empleo para mujeres, el Programa OPEM, elaborado por los Servicios Sociales Municipales y subvencionado por el Instituto de la Mujer, STSJ Andalucía/Málaga, 11-2-2000, ar. 559. La STSJ Cataluña 3-7-2000, ar. 2470, recoge la doctrina unificada en esta materia, que reconoce validez como contratos de obra o servicio a los concertados por el INEM, cuyo objeto era la gestión del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, ya que tal Plan tiene «la condición de Servicio determinado, en cuanto la realización de los programas, que en el mismo se integran, persiguen fines variables en su consecución -lo que, a su vez, puede demandar aptitudes diferentes en las personas que las desarrolla-...». Vid. SSTS 7-10-1992, ar. 7621; 16-2-1993, ar. 7587; 21-7-1995, ar. 6324, entre otras.

³⁵ Vid. para esta deformación o forzamiento SSTS 10-6-1994, ar. 5422 y 10-4-1995, ar. 3038.

A fin de concretar o precisar este adjetivo calificativo, clave de vuelta de todo el régimen, podría pensarse igualmente que ya se cuenta con otras normas y otras construcciones jurisprudenciales precedentes valiosas para el éxito de tal proceder, al que se verá abocado en muchas ocasiones, sin duda, el intérprete. Con este objetivo, la revisión de las doctrinas judiciales -«jurisprudencia menor» de los Tribunales Superiores de Justicia- y jurisprudenciales -doctrina legal o jurisprudencia en sentido estricto del Tribunal Supremo (TS)- recaídas al analizar algunas de las múltiples cuestiones suscitadas por las diferentes modalidades de «empleo comunitario» o «trabajos de utilidad social» (*workfare*). Particularmente activa ha sido la intervención judicial en la modalidad que denominamos «contrato de empleo temporal por razones de colaboración social», si bien su naturaleza jurídica, muy conflictiva pese al tenor del artículo 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social, se diferencia claramente del contrato de inserción, pues en el primero no existe relación laboral propiamente, mientras que en el segundo sí, aunque instrumentalizada al servicio de una política de empleo en significativos aspectos coincidentes con la que instrumenta aquél ³⁶.

Aunque, ciertamente, estos criterios podrían servir de guía para la labor interpretativa necesaria en relación al «nuevo» contrato de inserción, razones normativas y condicionantes económicos e institucionales, han marcado un entendimiento estrecho y muy tradicionalista de los «empleos de interés social» o trabajos de utilidad social que, a nuestro juicio, no debería necesariamente mantenerse tras la reforma legislativa ³⁷. Al contrario, un entendimiento amplio permite la extensión y mejora de la tipología de los trabajos tradicionalmente considerados como socialmente útiles, lo que permitiría superar dos de los principales obstáculos determinantes del escaso éxito de esta medida de política activa de empleo:

- a) Bajo nivel cualitativo y escasa o nula utilidad colectiva de los proyectos, que llevan en ocasiones más bien a la descalificación profesional, desincentivación psicológica y reducción de las posibilidades de ocupación posterior. Así, cabe aludir, en el marco de los nuevos yacimientos de empleo, a la oportunidad de incorporar, no obstante el evidente riesgo de confusión con los programas de formación-empleo, a sectores innovadores tales como los bienes culturales, el mantenimiento del medio ambiente, la recuperación urbana y rural, al apoyo a las PYMES...

³⁶ A tenor de los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, una orientación judicial ha entendido por trabajos de utilidad social aquellos que «redundan en beneficio de la comunidad», pues «...no puede entenderse que toda la actividad de la Administración Pública, abstractamente considerada, sea de utilidad social en base al principio constitucional según el cual dicha Administración... sirve con objetividad los intereses generales, y ello por cuanto que los preceptos que regulan la colaboración social *no atienden a principios abstractos, sino a la concreta obra, servicio o trabajo para el que se solicita al desempleado, exigiendo concreta y específicamente que los mismos tengan una utilidad social directa e inmediata que a su vez redunde en beneficio de la comunidad...*». STSJ Castilla-La Mancha, 13-5-1999, ar. 2262 y 12-4-2000, ar. 2262. Contra STSJ Andalucía/Sevilla, 22-12-1998, ar. 7797. Aunque la primera construcción ha sido casada por el Tribunal Supremo, ello no se debe a un diverso entendimiento de la noción de «trabajo de utilidad social», sino a la diferente posición respecto de las vías de acceso a la Administración Pública como trabajador fijo. *Vid.* STS 24-4-2000.

³⁷ La jurisprudencia más clásica del TS sí reconocía una potestad absolutamente discrecional a la Administración para determinar unilateralmente la actividad de «interés social», atribuyendo a la Administración la capacidad de definir libremente «el interés público y de utilidad social». *Vid.* SSTS 16-5-1988, ar. 3631; 15-7-1988, ar. 6867. Para la doctrina conforme de buena parte, aunque no todos, como puede verse en la nota anterior, de los Tribunales Superiores de Justicia *vid.* la síntesis de STSJ Extremadura, 13-3-2000, ar. 1699.

- b) Carácter extraordinario de los trabajos socialmente útiles y de los objetivos asignados por las Administraciones Públicas promotoras. Si estas precauciones evitaban producir efectos sustitutivos de actividades productivas y de actividades institucionales ordinarias administrativas, limitaban en exceso las funciones posibles de este segundo mercado de empleo.

De ahí que pueda entenderse razonablemente que, como sucede en las nuevas experiencias europeas de contratos de inserción por el empleo de utilidad social o *workfare*, ahora se abre la posibilidad de permitir la apertura del contrato a la promoción de obras o servicios en sectores cuya actividad, aun siendo de carácter ordinario o habitual, tiende a mejorar la calidad de los servicios y consentir un mayor disfrute de la misma por los ciudadanos. Los evidentes riesgos de sustitución y de desplazamiento de las contrataciones de un sector, el privado, a otro, el de los trabajos de utilidad social, se pretendería evitar con la determinación del carácter estrictamente temporal de tales prestaciones de servicios, entre otros factores por la presencia de condiciones externas importantes (ej. disponibilidad presupuestaria; objetivo social) ³⁸.

Ciertamente, cabe pensar que con este entendimiento amplio se echaría por tierra el esfuerzo racionalizador realizado respecto de los contratos formativos para programas de Talleres de Empleo, pues al margen de que pueda entenderse o no como un subtipo del contrato de obra, lo cierto es que una vez más el incremento de la ocupabilidad pasa por la flexibilización de las formas de contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas. Hasta el punto de permitir configurar como actividades temporales lo que no serían sino actividades permanentes de las Administraciones Públicas, sin más autonomía que la derivada del concreto proyecto de financiación y de la disponibilidad presupuestaria ³⁹. La vinculación de una concreta modalidad contractual a la política de empleo para determinados colectivos de desempleados llevaría, de conformidad con una práctica convencional y jurisprudencial fuertemente arraigada en nuestro sistema, tanto en el empleo privado como sobre todo en el empleo público, a su desnaturalización o deformación conceptual ⁴⁰.

³⁸ De esta manera, a la precedente función de ayuda para facilitar el tránsito al mercado regular, el contrato de inserción por la realización de una obra o servicio de utilidad social puede adicionar la de afrontar el problema fundamental relativo a la escasez de empleos y a las dificultades de crearlos, favoreciendo el desarrollo de las políticas territoriales de empleo.

³⁹ La legalidad de un contrato de obra para la gestión de un Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional limitado a una de las fases del programa, por el carácter variable de las disponibilidades presupuestarias, constituye hoy una doctrina jurisprudencial consolidada, aunque discutible. *Vid.* STS 13-2-1993, ar. 1174; 24-9-1993, ar. 8045; 17-5-1994, ar. 4212; 10-4-1995, ar. 3038; 21-7-1995, ar. 6324. Recientemente recogida por la doctrina judicial del TSJ Cataluña 3-7-2000, ar. 2470; TSJ Andalucía/Málaga, 11-2-2000, ar. 559 y TSJ Asturias 22-1-1999, ar. 5064. Ampliamente V. PALACIO. *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*. Valencia. 1997.

⁴⁰ La diferencia de tratamiento que puede producirse entre contratos sustancial o materialmente pertenecientes a un mismo tipo, sólo por vincularse a razones de política de empleo, podría encontrar aval en la propia doctrina del Tribunal Constitucional (TCO). (*vid.* STCo. 22/81, 2-7, fj. 3), si bien dentro del marco del principio de proporcionalidad (STCo. 6/1984, 24-1). La nueva regulación comunitaria, aun sin perder de vista el objetivo instrumental-económico de la flexibilidad, tampoco podría ser un elemento decisivo para corregir esta situación legislativa, pues su nueva concepción «garantista» del contrato no se impone ni a los contratos formativos ni a los contratos o relaciones de trabajo celebrados en el marco de programas específicos de inserción, de naturaleza pública o sostenidos por los poderes públicos (cláusula 2.ª). Críticamente M. E. CASAS. «El principio... *op. loc. ultim. cit.*

En lo relativo a la delimitación de sus *sujetos*, por la parte del trabajador, el nuevo supuesto o modalidad de contrato temporal por razones de coyuntura de empleo remite genéricamente a los «demandantes de empleo», sin más calificación, por lo que deberán ser personas inscritas en servicios públicos de empleo y no beneficiarios de una prestación por desempleo, a diferencia de lo que sucede en la modalidad de empleo temporal de colaboración social, dada la incompatibilidad entre las prestaciones -y subsidios- de desempleo y la realización de trabajo remunerado. Esto podría hacer pensar en que, a diferencia de lo que ha venido sucediendo desde 1994, volvemos a políticas de fomento de la ocupación de carácter indiscriminado, no selectivo, esto es, susceptibles de afectar a todo desempleado que quiera y pueda trabajar, figurando como tal en cualquier registro de un servicio público de colocación, estatal o autonómico (retorno a políticas indiscriminadas de fomento del empleo de los desempleados) ⁴¹.

La remisión del párrafo 3.º a las «prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea para el empleo», además de confirmar su carácter coyuntural, tampoco permite resolver esta indeterminación, si bien la evidenciada finalidad de inserción profesional parece indicar en todo caso que debe dirigirse no a los desempleados en general sino a aquellos colectivos con especiales dificultades para acceder al primer empleo o para reintegrarse en el mercado «ordinario» de trabajo. En este sentido, conviene recordar que el objeto posible de esta modalidad contractual puede -y debe- vincularse a una política de búsqueda del equilibrio oportuno entre la satisfacción eficaz de «nuevas» necesidades sociales y la creación de empleo. Sólo así será posible superar la contradicción existente entre el enfoque desde la *inserción ocupacional*, centrado en las personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo a quien se le confían tal tarea o servicio (que no deben identificarse sin más con los sujetos en situación de exclusión social *ex art.* 4.º 1.1.3 del RD-Ley 5/2001), y la vocación de un *servicio profesional* que garantice la utilidad real para la colectividad, lo que requiere exigir la adecuada competencia profesional, reconocida en el mercado de trabajo ⁴².

Esta tarea no es, sin embargo, ni mucho menos fácil, como acredita la experiencia española precedente, y otras experiencias europeas. Como ya se ha evidenciado al referir al objeto posible de este tipo contractual, su tradicional concepción como instrumento o recurso defensivo contra el paro y la exclusión, que pone el acento más en la creación de empleo que en el tipo de actividad, tiene diversos peligros o riesgos -*vid.* efecto desplazamiento o de sustitución de

⁴¹ De ser esto cierto se trataría de un retorno, para este ámbito específico de contratación, a la orientación inspiradora de la introducción del contrato de fomento del empleo temporal, cuyos efectos devastadores sobre la coherencia e integración de nuestro mercado de trabajo hoy aparece unánimemente reconocido, tanto por los poderes públicos como por los interlocutores sociales. Precisamente, el doble efecto de «saneamiento» e «higiene contractual» buscado por las reformas llevadas a cabo, si bien no siempre de forma lineal ni adecuada, a partir de 1994, es hoy evidenciado por la mayor parte de los analistas. Sin duda el contrato temporal representa uno de los principales «laboratorios normativos» en los que el legislador laboral experimenta las siempre «fluctuantes políticas de empleo». *Vid.* M. E. CASAS. Prólogo a AA.VV. *Los contratos de trabajo a tiempo parcial. op. cit.*, pág. 15.

⁴² Un servicio de este tipo debe combinar profesionalidad, incremento sustancial del volumen de empleos, aunque sean temporales, y utilidad social.

la actividad; percepción como actividades inútiles, con el consiguiente riesgo de desprofesionalización de quienes lo realizan-⁴³. Este elemento ha estado, precisamente, en la base del fracaso y la marginalidad de los denominados tradicionalmente como trabajos de utilidad social o «empleo comunitario».

Ahora bien, al mismo tiempo, una excesiva ampliación del objeto del contrato de inserción conlleva otro riesgo de sustitución particularmente grave y hoy criticable, porque supondría no sólo avalar una práctica contractual y jurisprudencial poco ajustada a las exigencias de estabilidad, sino también, y lo que es peor, reimpulsar desde la Ley un tratamiento como temporales de necesidades que nacen con vocación de permanencia, dadas sus exigencias de calidad y regularidad. En esta dirección, un servicio de este tipo, que combine profesionalidad, volumen de empleos y utilidad social, constituye una auténtica prioridad en una política orientada a fomentar el empleo estable y de calidad, en los términos previstos por la reforma para el contrato de fomento del empleo estable, cuya causa sólo genéricamente puede considerarse de inserción. Por tanto, la lógica de política de empleo que inspira fines y medidas de este tipo no puede confundirse sin más con la lógica de inserción ocupacional que, también en el marco de la política de fomento de la empleabilidad, inspira una modalidad o tipo de contratos temporales como los que recoge la nueva letra d) del artículo 15 de la LET⁴⁴.

Por lo que refiere al sujeto contratante, la regulación legislativa lo identifica con las «Administraciones Públicas», por lo que estamos en el ámbito, ciertamente vidrioso, desorientador y privilegiado, del empleo público temporal. La delimitación genérica del término permite extenderlo a todo tipo de Administración Pública, sea territorial sea institucional, lo que hace pensar en un desbordamiento del tradicional ámbito local en que se han movido hasta este momento estas formas de empleo de utilidad social. Ahora bien, igualmente habitual ha sido contemplar tanto la modalidad de contratación directa por la Administración como la creación de una relación indirecta, a través de la adjudicación de la obra o servicio de interés social a una empresa. Por lo tanto, se abre el interrogante de la posibilidad de acogerse a esta modalidad contractual determinadas entidades sin

⁴³ Un problema que puede estar presente en la actual finalidad de reorientar el sistema de prestaciones de rentas mínimas de inserción socio-profesional, vinculadas no sólo a una simple garantía de renta mínima, sino también a la necesidad de prever medidas de inserción social y/o profesional, primando el empleo. Para el fenómeno contrario, *vid.* la aproximación anglosajona al tema de los «cuasimercados», como el caso de los servicios sociales de ayuda a domicilio. J. LEGRAND. *Quasi-Markets and Social Policy. Studies in Decentralisation and Quasi-Markets 01*. SAUS Publications-School for Advanced Urban Studies. University of Bristol. 1990.

⁴⁴ Sin embargo, la especificidad y rigidez de los sistemas de acceso mediante contrato de trabajo indefinido a la Administración Pública, hace de aquellos contratos de duración indefinida una modalidad contractual limitada al ámbito del empleo privado, y más limitadamente en el seno de empresas de inserción, cualquiera que sea su modalidad jurídica, o en general entidades sin ánimo de lucro. Aunque ciertamente los colectivos beneficiarios del contrato recogido en la disposición adicional 1.ª no coinciden estrictamente, aunque pueden mantener ámbitos de intersección, con los trabajadores de las empresas de inserción, identificados por una situación estricta de «exclusión social», aunque este concepto no sea ni mucho menos fácil de precisar, ante la ampliación de colectivos incluíbles dentro de las rentas mínimas y/o activas de inserción. *Vid.* C. MOLINA y J. L. MONEREO. *El derecho a las rentas... op. cit. passim*.

ánimo de lucro o empresas como las denominadas «empresas de inserción», cuya finalidad es la de contratar exclusiva o principalmente a personas con especiales dificultades de inserción y cuya viabilidad pasa por el apoyo de las Administraciones Públicas ⁴⁵.

En relación al importantísimo tema de la *duración* de este contrato, el lacónico precepto aquí comentado suministra dos indicaciones de gran importancia para fijar el período temporal que cubre la formalización de este vínculo contractual. Así, por un lado, con su ubicación en el artículo 15 de la LET evidencia con total nitidez que estamos ante un tipo de contratación temporal, lo que es habitual, aunque no necesario, tanto en la regulación normativa como en la práctica respecto a estas formas de empleo (ej. empleo protegido; convenios de inserción), ante el carácter transitorio por definición de la lógica de la inserción, paso previo para facilitar el acceso al mercado ordinario a aquellos colectivos con particulares dificultades para hacerlo ⁴⁶.

Por otro lado, la norma se preocupa de establecer una *garantía para prevenir usos abusivos* de este contrato, por cuanto prevé un período de espera para poder acogerse de nuevo a una contratación de este tipo, con lo que se quieren evitar los usuales encabalgamientos de contratos temporales, al menos de aquéllos de un mismo tipo. En este sentido, establece que los trabajadores que participen en estos programas públicos de inserción ocupacional no podrán volver a ser contratados, mediante esta modalidad, hasta que transcurran al menos tres años desde la finalización del contrato anterior. El sentido y alcance de esta regla limitativa no deja de plantear algunas cuestiones de interés, pues además de su ambivalencia en cuanto técnica garantista de la estabilidad puede parecer incoherente con la lógica de la inserción que persigue, pues la posibilidad de una futura contratación bajo la misma modalidad una vez transcurrido el plazo, abre la vía a una cierta cronificación de esta situación, cuando la estricta lógica de la inserción debería llevar a excluir la posibilidad de contrataciones sucesivas mediante fórmulas de este tipo ⁴⁷.

⁴⁵ En este sentido, el desarrollo de políticas de inserción por lo económico significa no sólo implicación o compromiso de los Ayuntamientos en este ámbito, sino también la articulación de acciones directas de corresponsabilidad social. Cfr. J. L. LAVILLE. *L'économie solidaire: une perspective internationale*. Desclée de Brouwer. 1994 e I. VIDAL. (coord.) *Inserción social por el trabajo*. CIES. 1996.

⁴⁶ No obstante, la política contractual de inserción por la ocupación o por lo económico no necesariamente pasa por relaciones temporales, sino que cabe también la conclusión de contratos de carácter indefinido, como prueba el reconocimiento de programas de fomento del empleo orientados a la incentivación de aquellas empresas o entidades sin ánimo de lucro que «contraten, indefinida o temporalmente, trabajadores desempleados en situación de exclusión...» (art. 4.º 1.1.3 del RD-Ley 5/2001).

⁴⁷ En este sentido, quizás no sea ocioso recordar que respecto de otra modalidad que aquí hemos considerado, tras la nueva regulación, de inserción, el contrato de inserción por la formación en programas de formación en alternancia, tales como el de Talleres de Empleo, la letra d) del artículo 11.2 de la LET prohíbe una nueva contratación bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa. Sin duda la diferencia de objetos, aun en el marco de una misma política de fomento del empleo por la mejora de la capacidad de inserción profesional, ya mediante la cualificación teórico-práctica de un puesto ya mediante el incremento de la experiencia laboral y la aptitud para el acceso o reingreso al mercado, legitima o justifica la diferencia de soluciones. No obstante, en la práctica, la situación quizá no sea tan clara, abriendo la vía a situaciones abusivas.

Así, descarta radicalmente la *contratación sucesiva* bajo esta misma modalidad, aunque sí permite la continuidad mediante vínculos de otro tipo, cuando se acepta la licitud de esta sucesión cuando se trata de contratos de obra o servicio, siempre que tengan autonomía y sustantividad propia, lo que es un factor diferenciador entre la modalidad prevista en el artículo 15.1 a) y la prevista en la letra d) del mismo precepto estatutario. Además, esta restricción temporal parece *excluir las prórrogas*, tanto la posibilidad cuanto la licitud, cuando esta técnica de ampliación del plazo de duración ha sido considerada por unos de imposible concurrencia en los contratos de obra o servicio determinado por razones de orden lógico y conceptual, mientras que otros las entienden prohibidas legalmente, o en todo caso no previstas jurídicamente. Sin embargo, la licitud de las prórrogas ha sido admitida cuando concurren determinados factores, en particular cuando existen elementos externos a la propia obra o servicio que condicionan su desarrollo o dinámica de ejecución ⁴⁸.

Pero, en todo caso, esta regla limitativa trae inmediatamente a primer término la determinante cuestión relativa al momento en que ha de entenderse finalizado o extinguido el contrato. A diferencia de lo que sucede respecto a otros contratos de inserción -ej. contratos formativos para participantes en programas de Talleres de Empleo-, no se establece ningún límite mínimo ni máximo, tal y como ocurre con los típicos contratos de obra, lo que sin duda puede servir de argumento para avalar la primera interpretación más arriba expuesta sobre la configuración de esta nueva modalidad contractual. No se inserta, pues, ningún «término cierto y fatal» (STS 28-12-1993) que permita saber con certeza cuánto tiempo se mantendrá el vínculo contraído, por lo que nos encontraremos con contratos de inserción de duración breve y otros de larga duración, según una situación ya conocida y aceptada respecto del contrato de obra, si bien en el marco de la contratación con las Administraciones Públicas adquiere connotaciones peculiares y, en ocasiones, más nocivas por el incremento de incertidumbre que generan ⁴⁹.

A fin de determinar la duración del contrato, de naturaleza temporal, cabe plantear al menos dos posibilidades técnicas, cuyas consecuencias a los efectos extintivos son diferentes, lo que ha generado importantes problemas en la práctica, sin que exista ni en la doctrina ni en la jurisprudencia una respuesta suficientemente sólida y convincente. En este sentido, nuevamente en relación a los contratos concluidos por la Administración en el marco de determinados programas de trabajos, obras o servicios de interés social, vinculados o no a políticas de empleo, pero en la inmensa mayoría de los casos sometidos a condicionamientos de tipo presupuestario, se ha suscitado la polémica

⁴⁸ Con lo que generan disonancias entre duración del contrato y ejecución, como sucede cuando existen programas sometidos a condicionantes de tipo presupuestario. *Vid.* por todos S. OLARTE. *Los contratos... op. cit.*, pág. 53 y ss.

⁴⁹ Aunque según el principio general del artículo 1.256 del Código Civil (CC) el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes -*vid.* interdicción de la arbitrariedad de los particulares y del comportamiento unilateral-, en la Administración Pública sabemos que la situación es justo la contraria, según una generalizada práctica bendecida por los Tribunales. Y ello pese a que el principio de interdicción de la arbitrariedad adquiere rango constitucional cuando se trate de los poderes públicos (art. 9.º 3 de la Constitución Española). El episodio kafkiano, sólo uno más, del contrato indefinido no fijo es suficientemente revelador, *vid.* STS 20-1-1998 -más matizada, y más respetuosa con la estabilidad, la STS 17-3-1998, que considera el derecho a la contratación indefinida en situaciones de irregularidad sustancial como irrenunciable-. Para una síntesis de estas prácticas y la jurisprudencia *vid.* STSJ Navarra, 5-6-2000, ar. 2654.

en torno a la consideración de estos contratos: bien sujeto a término, aunque incierto, indeterminado (*certus an incertus quando*), bien sometido a condición resolutoria, ya sea explícita [art. 49.1 b) de la LET], ya implícita en atención a la naturaleza de la contratación (STS 29-3-1994) ⁵⁰.

En la primera opción interpretativa, la extinción sólo se puede producir por la llegada del término [art. 49.1 c) de la LET], esto es, con la finalización de la obra o servicio -en nuestro caso de «interés social»- para la que se celebró la contratación, por lo que una ruptura anticipada exigiría acudir al procedimiento propio de los despidos por causas económicas [arts. 51 o 52 de la LET; incluso podría pensarse, en el caso de pérdida de una subvención administrativa, en el art. 49.1 h) -fuerza mayor impropia o *factum principis*-]. Por lo que existe un derecho a percibir la indemnización prevista en estos preceptos, si bien la jurisprudencia mayoritariamente ha hurtado, como se señaló, esta posibilidad a través de una concepción no material sino formal de la finalización de la obra o servicio ⁵¹.

En la segunda interpretación, en cambio, la extinción se produce en virtud del artículo 49.1 b), por lo que la concurrencia de las condiciones externas -contratas, concesiones, subvenciones, programas de inserción ocupacional...- a las que se ve sujeta la contratación, impediría hablar en estos casos con propiedad de una extinción anticipada. Los efectos inmediatos son, más que la flexibilización, la desregulación de la causa del contrato de obra o servicio, con la consiguiente privación -o expropiación- del derecho indemnizatorio (art. 35 de la Constitución Española) ⁵². En este supuesto, pues, el recurso a la categoría civilista de condición resolutoria no abusiva *ex* artículo 49.1 b) de la LET introduce, en clara contradicción con la opción consensuada de política legislativa impulsada a partir de 1997, una nueva modalidad de contratación temporal de causalidad difusa, e incluso evanescente.

En este contradictorio y polémico contexto normativo y jurisprudencial, aunque la parca regulación ofrecida por el legislador de la reforma no permite zanjar definitivamente la cuestión, sí introduce elementos que llevan a optar por esta segunda interpretación, aunque ello pueda resultar para-

⁵⁰ Aunque no existe unanimidad en la doctrina judicial, ni mucho menos en la doctrina científica, el TS parece haberse inclinado por la interpretación más flexible. *Vid.* I. GARCÍA NINET y A. VICENTE DE PALACIO. *Contrato para obra o servicio: nueva legislación y jurisprudencia*. Valencia. 1998.

⁵¹ En cuanto el concepto de contrato de obra se desconecta de la actividad objeto de la prestación y lo sometió al dato externo de la disponibilidad presupuestaria. *Vid.* SSTs 25-1-1994, ar. 375; 21-7-1995, ar. 63.241, entre otras.

⁵² En esta dirección parece orientarse hoy la jurisprudencia mayoritariamente, evidenciando una vez más la contribución importante de la jurisprudencia a la flexibilización del Derecho del Trabajo y, por tanto, de la dinámica de funcionamiento del mercado laboral. *Vid.* STS 28-9-1996, ar. 2738 (acepta la licitud de la extinción de contratos de limpieza realizados directamente con el Ayuntamiento de Vitoria, en cuanto la naturaleza temporal de los contratos se evidenciaría, «no por el carácter de la actividad laboral encomendada o convenida sino por la circunstancia de tiempo que expresamente se estipula: las actoras habían de llevar a cabo su trabajo en el tren de lavado mientras se realizaba un estudio de organización y de forma de gestión del mismo»); STS 15-1-1997, ar. 497, en la que, en el conflictivo contexto de las contratas se recoge una interpretación extremadamente laxa de la regulación de la contratación temporal en nuestro país («...aunque pueda cuestionarse la existencia de un contrato de obra..., de forma que... tal actividad no pudiera incurrirse en el art. 15.1 a) del ET - por una concepción sustancialista de la permanencia del servicio- sí tendría acogida en los apartados 2 ó 3 del artículo 49 del ET, como una condición resolutoria -si la vigencia de la contrata opera con una incertidumbre plena- o como un término atípico - si la incertidumbre afecta sólo al cuándo-, porque en cualquier caso no sería apreciable ningún abuso de derecho por parte del empresario al introducir esta cláusula»).

dógico, cuando no contradictorio, con la preocupación del legislador por los excesos de temporalidad y, por tanto, de inestabilidad de nuestro mercado de trabajo. A esta conclusión podría llegarse esgrimiendo, al menos, tres argumentos, uno conceptual y dos sistemáticos:

- 1.º La regulación como una modalidad contractual diferenciada del resto de las modalidades previstas en el artículo 15 de la LET, evidenciaría el propósito del legislador de no contribuir a la desnaturalización del contrato de obra o servicio determinado con nuevos supuestos que, dada su conexión con variables objetivos de política de empleo, se caracterizan por una causalidad diferente a la propia de los contratos temporales estructurales. De este modo, la concepción jurisprudencial favorable a un entendimiento no sustancialista de la permanencia de una obra o servicio, sino vinculada a una condición externa -a la prestación, e incluso a la Administración contratante, pues la financiación procede de una Administración diferente-, las razones de inserción propias de estas políticas activas de empleo, ahora se recibiría legalmente, pero no en la letra a) sino en un nuevo supuesto, la letra d), cuya dinámica extintiva respondería más bien a la propia de una «condición resolutoria».
- 2.º A diferencia de lo que establece la nueva regulación para el contrato de obra o servicio determinado -y para el contrato eventual-, respecto de los cuales se introduce un derecho indemnizatorio por extinción del contrato, los contratos de inserción, ya los contemplados en el artículo 11.2 a) ya el recogido en la letra d) del artículo 15 de la LET -y el contrato de interinidad-, están expresamente privados de esta garantía o tutela económica u obligacional de la estabilidad [nueva letra c) apartado 1 del art. 49 de la LET]. Por lo tanto, cabe interpretar que el legislador ha querido corregir la jurisprudencia precedente en el plano conceptual, restaurando una concepción sustancial o material del contrato de obra típico, pero no en sus consecuencias económicas, manifiestamente favorables hacia los intereses de la Administración, y en general del empleador ⁵³.
- 3.º Esta misma opción excluyente podría extraerse, según la técnica del argumento a *sensu contrario*, de la regla expresada en la nueva letra e) del artículo 52 de la LET. Cuando el legislador ha querido reconocer un mínimo derecho indemnizatorio por extinción anticipada (*ante tempus*) de un empleo obtenido, de forma análoga a lo que sucede con los contratos de inserción, en el marco de la ejecución de «planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales», lo ha hecho expresamente pero de forma limitada a los supuestos de «contrato por tiempo indefinido». De este modo, y al margen de la crítica que pueda hacerse a una interpretación restrictiva de este tipo, el legislador se mostraría coherente con la tradicional configuración de las reglas extintivas antes de su finalización por la causa establecida, ideadas

⁵³ Vid. ya para la doctrina del TCT, la Sentencia 17-11-1987, ar. 2579, en el marco de la extinción anticipada por resolución de una concesión administrativa por decisión de la Administración concedente. Una interpretación flexible que, como ha ocurrido en otros múltiples temas, ha sido recibida por los TSJ de forma mayoritaria, en especial cuando existían cláusulas convencionales que permitían esta extinción anticipada. Vid. SSTSJ Andalucía/Málaga, 26-1-1993, ar. 121; Madrid, 2-10-1996, ar. 4202; Castilla y León/Valladolid, 21-5-1997, ar. 766; Aragón, 15-3-1999, ar. 406.

para los contratos de duración indefinida y no para los contratos temporales, sin perjuicio de la posibilidad de ampliarlas también a estos supuestos, como ha reconocido la jurisprudencia, no sin disfunciones y polémica ⁵⁴.

No obstante, y aunque no podemos entrar aquí en un estudio en profundidad, entendemos que pese a los argumentos legislativos y a la evolución jurisprudencial hacia un entendimiento flexible de la causalidad, como se advertía, la cuestión dista de estar clara y la solución no puede entenderse de forma general y cerrada. En este sentido, a aquella interpretación restrictiva podrían oponerse los siguientes argumentos:

- 1.º Una interpretación ajustada a los propios términos con que queda fijada la temporalidad de esta nueva modalidad contractual remite, no a la suerte financiera de los programas de empleo para el futuro, sino a la finalización del «anterior contrato de esta naturaleza».

Que la jurisprudencia precedente haya derivado hacia una comprensión mucho más flexible y generosa con los intereses de la Administración, y en general del mercado de empleo, no es razón suficiente para avalar una interpretación que desvirtúa en exceso la redacción legislativa (criterio literal). En realidad, más que la elección de una u otra interpretación legislativa, igualmente posibles a la luz del texto, esta jurisprudencia expresa una firme opción de política judicial del Derecho favorable a una descausalización, o en el mejor de los casos por una causalización difusa, claramente contraria a la política legislativa de restauración de la estabilidad afirmada a partir de la reforma de 1997.

- 2.º Una lectura del precepto conforme a criterios sistemáticos e históricos evidencia que no es incompatible el reconocimiento de una indemnización por finalización de contrato, ya sea a la terminación prevista ya *ante tempus*, cuando se enmarque en una política de empleo.

Antes al contrario, justamente la tutela obligacional ha servido tradicionalmente de regla compensatoria de la desregulación causal que estos contratos introducen, como evidencia la regulación del contrato para el fomento del empleo temporal, ahora vigente sólo en el marco de una política de inserción ocupacional de los minusválidos. En esta dirección, cierta doctrina judicial ha entendido, a nuestro juicio correctamente, que en aquellas situaciones en que la continuidad se vea frustrada por una decisión de efectos económico-financieros externa a la actividad no cabe acudir más que a la vía del artículo 51 o del 52 c) de la LET ⁵⁵. La impor-

⁵⁴ Vid. para la posibilidad de calificar la extinción *ante tempus* de un contrato temporal como despido improcedente, SSTS, rud. , 20-1-1992, ar. 7843; 23-3-1993, ar. 2201, entre otras. Para el derecho a la tutela obligacional o indemnizatoria *vid.* la célebre y conflictiva STS, rud 29-1-1997, ar. 641, con una doctrina inicialmente contestada por parte de la propia Sala, aunque ha terminado imponiéndose, con buen criterio a nuestro juicio (SSTS 14-4-1997, ar. 4222; 28-4-1997, ar. 3584). Vid. C. MIÑAMBRES PUIG. «Contrato de trabajo temporal y despido disciplinario improcedente ¿obligación de indemnizar?». AL, n.º 30. 1997. pag. 2.165 y ss.

⁵⁵ Vid. SSTSJ Valencia, 14-1-1997, ar. 1601, y, sobre todo, en el marco de las Administraciones Públicas , Andalucía/Sevilla, 25-5-1997, ar. 3855, que reconduce al artículo 52 c) de la LET, en aplicación de la doctrina SSTS 24-4 y 14-6-1996, ar. 5297 y 5162, respectivamente, la extinción de contratos por una Mancomunidad de Municipios de la Sierra de Cádiz como consecuencia de una reducción de los ingresos provenientes de las subvenciones reconocidas.

tante diferencia de situaciones entre una ruptura anticipada y una ruptura «normal» por llegada del tiempo previsto -o finalización del servicio de interés social- permitiría, a nuestro juicio, no extraer consecuencia restrictiva alguna de la exclusión del derecho indemnizatorio previsto en el artículo 49.1 c) de la LET.

- 3.º Precisamente, desde esta perspectiva sistemática, podría dársele la vuelta al argumento a contrario *ex* nuevo artículo 52 e) de la LET, y recurrir a la técnica del argumento analógico o *asimilii*.

En efecto, la nueva causa de extinción por razones objetivas, que en realidad no sería sino un supuesto específico de la causa contemplada en el apartado d), en particular de la causa económico-financiera, debe interpretarse como una típica cláusula compromisoria entre las razones de la flexibilidad, favorables a los intereses de la Administración, y las razones de una mínima seguridad, fijada en términos fundamentalmente de tutela formal e indemnizatoria prevista en el artículo 53 de la LET (20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades). De este modo, la consideración de la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo de que se trate como causa de extinción, pretendería compensar económicamente las mayores facilidades extintivas -no sólo exime a la Administración del complejo proceso probatorio de la concurrencia de causas económicas, a la vista de la rigidez judicial todavía subsistente, al menos en la interpretación que presupone esta reforma, sino que incluso parece excluir, si bien esto es más dudoso, la tutela procedimental prevista en el artículo 51 cuando se pueda configurar como despido colectivo-, establecidas por esta reforma.

Pues bien, a nuestro juicio, hay razones para interpretar, al margen de cuál fuera la *voluntas legislatoris*, pues sabido es que hoy se prima en el procedimiento hermenéutico la *voluntas legis*, más sabia sin duda que sus legisladores, según una lección memorable de la historia de la ciencia y la cultura jurídicas, que entre unas situaciones, las reguladas en el artículo 52 e) -contratos indefinidos sometidos a consignaciones presupuestarias anuales-, y otras, las recogidas en el artículo 15.1 d) de la LET -contratos temporales de inserción, sometidos por definición a los presupuestos anuales determinados en los Planes de Empleo-, existe una identidad de razón reguladora. Ciertamente, no son supuestos semejantes, por lo que no cabe la interpretación extensiva, pero sí guardan una significativa conexión en las razones que llevan a su regulación expresa, según la exigencia del artículo 4 del Código Civil.

- 4.º Finalmente, un argumento teleológico y valorativo: un entendimiento tan laxo de la causa del nuevo contrato de inserción por realización de obras o servicios de interés social contradice, sin duda, el objetivo de la estabilidad en el empleo marcado, ciertamente de forma no lineal, en las últimas reformas legislativas, incluida esta última.

No parece de recibo ordenar, mediante Real Decreto-Ley nada menos, una reforma dirigida a corregir los excesos de temporalidad de nuestro mercado de trabajo, y seguir manteniendo, incluso reforzando, los excesos de temporalidad en el mercado de empleo público por razones de inserción ocupacional, reintroduciendo modalidades de causalidad difusa cuando su derogación constituyó un

objetivo básico de la anterior reforma -ej. eliminación del contrato por lanzamiento de nueva actividad-. Lo contrario supondría abrir un nuevo portillo a los privilegios de la Administración en materia de contratación, ya excesivamente extensos, y que están urgidos de una racionalización legislativa, a falta de la debida intervención jurisprudencial, que al contrario contribuye a su multiplicación ⁵⁶.

En relación al crucial tema de la *financiación*, el precepto establece algunas reglas relativas tanto al organismo público responsable de la financiación, cuanto a los parámetros de referencia para determinar el *quantum* de esta financiación. Así, en lógica coherencia con el marco de política de empleo en que se sitúa, atribuye la responsabilidad financiera, a través de las «partidas de gasto que correspondan», a los «servicios públicos de empleo competentes», lo que significa que ya no será sólo el INEM, sino también los servicios autonómicos, naturalmente en aquellos casos, todavía pocos, que han recibido la transferencia de gestión de las políticas activas de empleo. Con el mismo grado de indeterminación, según una pauta habitual de este régimen, que hace especialmente necesario un correcto e incierto desarrollo reglamentario, precisa que la cobertura financiera se extenderá sólo a «los costes laborales de estas contrataciones, tomando como referencia la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador».

Finalmente, una mención requiere la reforma del artículo 8.º 2 de la LET, orientada -además de a un cambio formal de redacción respecto de las presunciones de indefinición y jornada completa, ahora intercambiadas entre sí- a asegurar la aplicación de sus *garantías de transparencia* también a los convenios de inserción, integrado dentro de las excepciones al principio de libertad de forma de los contratos laborales que rige en nuestro sistema jurídico-laboral, y que viene previsto en el apartado primero del mencionado precepto. Sin embargo, con la inclusión del mismo en la relación de contratos que quedan extramuros del principio espiritualista que informa el ordenamiento laboral, se incide aún más en los términos que suscitaron las críticas que la doctrina ha vertido acerca de la corrección técnica del artículo 8.º 2 del ET, en cuanto que incurre en numerosas e innecesarias reiteraciones, como sucede en este caso ⁵⁷.

1.3. El contrato de inserción mediante el fomento del empleo de las personas minusválidas.

Sólo por complitud, una breve mención entendemos necesaria en este contexto respecto de la disposición adicional 3.ª del Real Decreto-Ley 5/2001 que, en términos habituales a lo que viene sucediendo en las Leyes económicas de coyuntura, y en el marco de los programas de fomento de empleo, determina la prórroga para el año 2001 de la disposición adicional 6.ª de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en relación con el artícu-

⁵⁶ En última instancia, son precisamente los importantes y «crónicos» desajustes entre las necesidades de prestación de servicios públicos de «interés social o general», las deficitarias plantillas de empleados en ellos y la disponibilidad presupuestaria, los que explican el interminable número de litigios emprendidos en los últimos años contra los Organismos Públicos, que sólo tímidamente está en condiciones de corregir la negociación a través de acuerdos de cobertura y estabilización.

⁵⁷ Vid. A. GALLEGU MORALES. «Comentario al artículo 8.º ET», en AA.VV. : *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1998, pág. 180.

lo 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en lo relativo a los trabajadores minusválidos, manteniendo para ellos la vigencia del contrato de fomento de empleo temporal. Aunque esta medida recoge parcialmente las peticiones del colectivo de personas con discapacidades⁵⁸, su pervivencia supone la perpetuación de un factor instrumentalizador de los contratos temporales al servicio de objetivos de mejora de la capacidad de inserción profesional, aun a costa de contradecir la línea de política legislativa mantenida en los últimos años y que está centrada en la limitación de la contratación laboral de duración determinada.

2. Las modificaciones normativas del régimen jurídico de las modalidades de contratación temporal estructural: nuevas reglas de garantía de la estabilidad y transparencia.

2.1. Los cambios en materia de contratación temporal estructural directa.

Una reforma que se marque, de forma equívoca e incluso contradictoria como hemos visto, como objetivo prioritario la mejora de la estabilidad en el empleo no puede dejar de lado la regulación de los supuestos de contratación temporal estructural recogidos en el artículo 15 de la LET, tal y como enseñan las reformas de 1994 y, sobre todo, la de 1997. La práctica contractual, de origen empresarial, y convencional, de carácter colectivo, seguida en estos últimos años evidencia una sustancial continuidad de la deformación a que se han visto sometidas estas modalidades contractuales. Una disociación más entre representación normativa y realidad práctica que refleja la persistente influencia, más o menos velada, de la política de empleo en la ordenación del entero régimen de la contratación temporal.

Por otro lado, junto a estas razones de orden práctico, es obligado recordar que existe una Directiva comunitaria específicamente orientada a conseguir un nuevo equilibrio, más ponderado y equitativo, entre las razones de flexibilidad (mejora de la capacidad de organización flexible del trabajo por el empresario) y las razones de seguridad (mejora de la estabilidad del empleo de los trabajadores) que se entrecruzan en la ordenación de los contratos temporales estructurales, y en la actual política comunitaria de empleo. La Directiva 99/70/CE, nuevo ejemplo de legislación comunitaria negociada, de transposición obligada a lo más tardar el 10 de julio de 2001, frente a los que vienen pronosticando por activa y por pasiva la pérdida de centralidad del empleo estable, parte del reconocimiento de los contratos de duración indeterminada como «la forma general de las relaciones de empleo entre empresario y trabajadores», sin perjuicio de reconocer al mismo tiempo la evidente utilidad de los contratos temporales estructurales, tanto para la empresa como para los trabajadores. No obstante, considera necesario, en una línea de regulación identificada con la de 1997 en España, establecer «medidas destinadas a evitar la utilización abusiva» de esta contratación.

⁵⁸ Que expresaron en la propuesta número 18 del Plan de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de las Personas con Discapacidad en su versión de 1996. Para un análisis de la evolución normativa de la regulación del empleo de las personas con discapacidad a raíz del Acuerdo MTAS y CERMI, *vid.* R. ESTEBAN LEGARRETA. «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)». *Relaciones Laborales 1/2000*, pág. 41 y ss.

En este marco de experiencias prácticas y normativo, el Real Decreto-Ley 5/2001 ha venido a realizar una serie de modificaciones que podemos sintetizar de la siguiente manera:

- 1.^a De nuevo, se limita el margen de maniobra que se le otorga a la autonomía colectiva en cuanto a la regulación del *período máximo de duración* del contrato eventual por circunstancias de la producción [art. 15.1 b), párrafo primero].
- 2.^a Se prevé la posibilidad de *prórroga*, por una sola vez, del contrato eventual por circunstancias de la producción cuando se hubiere concertado por tiempo inferior al previsto convencional o legalmente [art. 15.1 b), párrafo segundo].
- 3.^a Se incorporan cuatro nuevos números al artículo 15 de la LET, identificados con los ordinales 5, 6, 7 y 8, pasando a numerarse como 9 el anterior número 5, y que en términos generales vienen a recoger las *garantías* previstas por la norma comunitaria en favor de la mejora de las técnicas de control de los abusos en materia de contratación, así como los derechos de igualdad de trato y de información de los trabajadores temporales. El contenido de esta reforma en estos aspectos es análogo al realizado, en 1998, y también por imperativo del legislador comunitario, respecto del trabajo a tiempo parcial
- 4.^a Se vuelve a redefinir la calificación jurídica otorgada al contrato de trabajo fijo discontinuo, que parece querer excluir ¿definitivamente? de las modalidades de trabajo a tiempo parcial, tipología a la que materialmente pertenece sin duda alguna (apartado 8).
- 5.^a Se introduce una técnica de tutela obligacional de la estabilidad en el empleo respecto a los contratos temporales: el derecho a una indemnización por finalización [nueva letra c) apartado 1 del art. 49 de la LET].

La primera de las modificaciones referidas, relativas al contrato eventual, típica modalidad de los contratos «a plazo o a término» (*certus an, certus quando*), tienen como objeto acotar aún más las posibilidades reconocidas a la autonomía colectiva para disponer del período máximo de duración, ya significativamente recortadas en 1997, como mecanismo de corrección de la práctica convencional precedente que había permitido un uso desnaturalizado del contrato eventual. En el plano cuantitativo, sin embargo, se trata de una reforma menor, pues supone reducir en un mes y medio este período, que ahora no podrá superar los 12 meses en un arco temporal de referencia de 18 meses. A la vista de la opinión que, de forma institucionalizada, ha merecido esta opción de política jurídica en relación a la primera reforma, este cambio incluso podría entenderse contrario a la buscada mejora de la estabilidad en el empleo, lo que una vez más revela la ambivalencia de estas reglas ⁵⁹.

⁵⁹ En Opinión del CES, órgano de concertación institucional y permanente: «No sólo no puede imputarse a la negociación colectiva el crecimiento de la eventualidad en 1996, sino todo lo contrario, pues lo que tales prácticas pondrían de manifiesto es la preocupación de los agentes sociales por alargar lo más posible la eventualidad en una posición defensiva frente al avance de la misma de cada vez menor duración. De manera que, lo que aparentemente serían prácticas favorables de la temporalidad no pueden sino calificarse como un intento de convertir una cada vez más preocupante temporalidad de duraciones muy cortas en una temporalidad "algo más estable", suponiendo que fuera posible compatibilizar empleo estable y temporal». Capítulo II de la Memoria Anual sobre la situación socioeconómica y laboral de España 1996. Una opinión crítica, ampliamente compartida en la doctrina, LÓPEZ GANDÍA. Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral. Valencia. 1997.

En cuanto a la segunda de las novedades introducidas en este párrafo primero, se trata del establecimiento en el texto legal de un extremo, la cuestión de la prórroga del contrato eventual por circunstancias de la producción que, a diferencia de la anterior, no había sido tratada en las anteriores redacciones del artículo 15 de la LET. Ello planteó ante los Tribunales ordinarios los espinosos temas de sucesión y prórroga de los contratos temporales eventuales, tradicionalmente consideradas como instrumentos que amplían las facultades de gestión flexible de las necesidades de mano de obra, sometiendo al trabajador a una perniciosa pero sumisa incertidumbre ⁶⁰. Frente a los anteriores excesos reglamentarios, que hacían de la excepción la regla, el artículo 3.º 2 d) del Real Decreto 2720/1998, según una previsión que, por otra parte, es la que ahora se viene a contemplar en su literalidad en este segundo párrafo del artículo 15.1 b), reconocía la posibilidad de prorrogar por una sola vez este contrato concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencional, aunque con el límite infranqueable de que la duración total del mismo pueda exceder de la duración máxima legal o convencional.

En cuanto al reseñado tercer bloque de modificaciones que experimenta este artículo 15 del ET por obra del Real Decreto-Ley 5/2001, nos hemos de referir a la incorporación de cuatro nuevos apartados, identificados con los números 5, 6, 7 y 8, desplazando al número 9 el anterior apartado quinto. Los tres primeros apartados –núms. 5, 6 y 7- vienen a establecer una serie de reglas comunes a todos los contratos temporales regulados en este artículo 15 -incluso a los contratos formativos, regulados en el art. 11-, lo cual viene siendo una tradición en la normativa reguladora de los mismos, si bien las reglas y principios introducidos responden, como dijimos, a la recepción de normas comunitarias.

Así, con relación al primero de los apartados introducido, se establece una remisión a la autonomía colectiva, lo cual encaja bien tanto con la línea de política jurídica mantenida en precedentes regulaciones de reforzamiento del papel regulador de los convenios colectivos de ámbito superior –sectoriales estatales o, en su defecto, sectoriales de ámbito inferior-, como con la exigencia del Acuerdo Marco comunitario sobre contratos de duración determinada, aplicado por Directiva 99/70/CE. Así, en aplicación de la cláusula 5.ª del referido Acuerdo, el nuevo apartado 5 del art. 15 de la LET «delega» en la negociación colectiva la fijación de «requisitos adicionales» que limiten la utilización abusiva de la contratación temporal a través de la vía de la sucesión -o encabalgamiento- de contratos temporales ⁶¹.

A nuestro juicio, además de superflua, pues ésta es una posibilidad siempre abierta a la negociación colectiva en virtud de nuestro sistema de fuentes, por lo que la normativa comunitaria y legislativa tienen más un valor pedagógico y de «recomendación», resulta de eficacia limitada en la práctica, pues hasta el momento la negociación colectiva se ha mostrado poco eficaz, e incluso poco interesada, en servir de instrumento para garantizar el principio de causalidad en la regulación. No obstante, es obligado reconocer que en aquellos, ciertamente pocos, sectores en los que sí ha habi-

⁶⁰ Vid. S. OLARTE. *Los contratos laborales estructurales. Aspectos jurídico-prácticos*. Comares. 2000, pág. 94 y ss.

⁶¹ Entre las medidas a adoptar están la de exigir razones objetivas para la renovación de los contratos temporales; limitación del número de renovaciones de tales contratos o fijar un plazo de duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo...

do previsiones negociales, como puede ser en el sector de la hostelería, una regulación de este tipo sí ha solventado algunas cuestiones espinosas -ej. diferenciación entre lo que es prórroga y sucesión de contratos-⁶², al tiempo que puede ser un buen instrumento para incrementar el catálogo de derechos de los trabajadores temporales, corrigiendo definitivamente una opción contraria de años anteriores, y ya atajada por la jurisprudencia constitucional.

El segundo de los párrafos agregado al artículo 15, también transposición casi literal de las cláusulas recogidas en el Acuerdo Marco comunitario y trasladadas a la Directiva, pretenden remarcar, como antes se hiciera por las mismas vías normativas en materia de trabajo a tiempo parcial, la vigencia en los contratos temporales de los principios, comunitarios y constitucionales, de no discriminación y de proporcionalidad. Aunque nuevamente esta prohibición de trato peor en materia de condiciones de trabajo respecto de los «trabajadores fijos comparables» carece en realidad de contenido regulador formal, pues es expresión de derechos constitucionales de carácter fundamental, y ahora de derechos fundamentales comunitarios, sí tiene un importante valor interpretativo, en orden a impedir la introducción, vía legal, convencional o judicial, de reglas que no llevan a la máxima efectividad el principio de no discriminación, salvo las diferencias propias derivadas del principio de proporcionalidad⁶³.

Por su parte, el nuevo apartado 7.º impone un nuevo deber de información al empresario sobre vacantes existentes en la empresa, que tiene como objetivo, según el más genérico principio de igualdad de oportunidades previsto en las normas y política comunitaria de empleo, el garantizar las mismas posibilidades de acceso a puestos de carácter permanente. De seguido se establece que a este deber se le podrá dar cumplimiento con la colocación de tal información en un lugar adecuado de la empresa, y que no será otro que el tablón de anuncios. Sobre la adición de este deber, y siguiendo en la línea de las previsiones de los apartados anteriores, también exigidos por la regulación comunitaria, se vuelve a actuar por parte del legislador en un verdadero «canto al sol», por cuanto tal y como se prevé la actualización de este deber no establece sanción alguna ante su incumplimiento⁶⁴.

Un último apartado agregado al artículo 15, nos referimos al determinado con el ordinal octavo, se dedica a la regulación del denominado **contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos para trabajos que no se repitan en fechas ciertas** dentro del volumen normal de actividad

⁶² Así artículo 24 del Convenio Colectivo Interprovincial para las Industrias de Hostelería de Cataluña -DOGC 10-12-1998-.

⁶³ Este alcance de garantía de efectividad queda firmemente corroborada con el párrafo segundo de l apartado 6.º, en la medida que, a diferencia de lo previsto para el trabajo a tiempo parcial, obliga a determinar de la misma forma los criterios de antigüedad tenidos en cuenta para la fijación de ciertas condiciones de trabajo, salvo justificación objetiva -*vid.* cláusula 4.ª Acuerdo Marco-.

⁶⁴ Esta «débil» técnica de juridificación se acredita con toda claridad en el párrafo que cierra el apartado, y que transcribe literalmente la cláusula 6.ª del Acuerdo Marco. Lo que inicialmente aparece como una garantía de efectividad para el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo estable, el mandato -ahora no es facultativo- a los convenios colectivos -en general- para que establezcan las medidas que consideren oportunas para posibilitar el acceso de estos trabajadores a la formación profesional continua, con objeto de mejorar su empleabilidad, no es sino un recordatorio de lo ya previsto en el artículo 23. 2 de la LET, entendiéndose que en ausencia de previsiones se aplicará las realizadas en el propio artículo 23. 1 b) del ET aunque disponga de muy escaso alcance.

de la empresa. Con esta previsión, que nos retrotrae al modelo de regulación originario del Estatuto (Ley 8/1980), mantenido en la primera reforma flexibilizadora (Ley 32/1984), el contrato de trabajo fijo-discontinuo no sólo se desgaja del artículo 12 de la LET, relativo a las modalidades de trabajo a tiempo parcial, volviendo a ser ubicado en el precepto dedicado a contratos temporales, con lo que se introduce un nuevo factor desvertebrador y desnaturalizador de esta tipología, sino que incluso sufre un fraccionamiento interno. Así, por un lado se regula el contrato para realizar trabajos que no se repiten en fechas ciertas dentro del volumen normal de actividad (art. 15.8), y por otro el contrato para los trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa (art. 12.3), consecuentemente como contrato a tiempo parcial de carácter indefinido ⁶⁵.

Esta patente voluntad del legislador de apartar a estos contratos fijos-discontinuos de la regulación de los contratos a tiempo parcial no sólo constituye una opción conceptual, sino que tiene algunas consecuencias prácticas importantes. Así, por ejemplo, para ellos no regirá la prohibición de realización de horas extraordinarias, resultando inviable, en cambio, un pacto para la realización de horas complementarias. Del mismo modo, no rige la limitación temporal de la duración en contraste con la de un trabajador a tiempo completo comparable, aunque por su propia naturaleza este contrato será de carácter parcial, pues su singularidad no está en la duración, indefinida, sino en la forma de distribución o reparto de la jornada ⁶⁶.

Por eso, aun cuando venga regulado en el artículo 15 de la LET, ello no obsta a su consideración como contrato de duración indefinida, lo cual es por otra parte una lógica consecuencia del derecho previsto en el párrafo primero a ser llamado conforme surjan las necesidades de puestos a cubrir de acuerdo con la actividad de la empresa. Llamamiento que por otro lado habrá de realizarse en los términos que vengan previstos en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, atendiendo al criterio de la antigüedad que establecía la normativa anterior, y que recoge el cambio de tratamiento propio de la tradición legislativa que ahora se mantiene ⁶⁷.

Al margen de su reubicación, la novedad de la reforma aparece en el último párrafo del apartado octavo que prevé, impetrando de nuevo la actuación de la negociación colectiva de ámbito superior -el sectorial- aunque sin establecer preferencias respecto del ámbito territorial, dos extremos: primero, la posibilidad de que se acuerde la utilización de la modalidad de tiempo parcial en los contratos fijos-discontinuos cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifique. En todo caso

⁶⁵ Vid. A. J. GALLEGO MORALES. «Comentario al artículo 12 del ET», en AA.VV. : *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 226. Ampliamente M. ÁLVAREZ DE LA ROSA. «El trabajo fijo-discontinuo, modalidad de contrato a tiempo parcial». AA.VV. (M. E. CASAS-F. VALDÉS: coords.). *Los contratos...*, op. cit. pág. 163 y ss.

⁶⁶ Vid. SSTS 26-5-1997, ar. 4426; 27-9-1998, ar. 7129. SSTSJ Madrid, 12-3-1998, ar. 796; Andalucía, 4-3-1998, ar. 788; Cataluña 27-3-1998, ar. 412.

⁶⁷ Se prevé, asimismo, que cabrá la reclamación por el procedimiento del despido si el trabajador no es llamado conforme al orden de llamamiento. Sobre esta previsión se deberán haber aclarado los términos de la misma por cuanto no tiene el mismo alcance el no llamamiento que el realizado sin respetar la forma fijada en convenio. Para este último no parece que se le deba unir la voluntad del empresario de extinguir el contrato, más bien debería haberse previsto que salvo prueba en contrario del empresario que demuestre la ausencia de arbitrariedad en el incumplimiento formal del llamamiento cabe la reclamación de salarios por el procedimiento normal.

lo que nos causa cierta perplejidad es la ausencia de límite alguno para determinar las peculiaridades que justifiquen esta utilización, lo cual puede llevar a abusos en casos puntuales (similares a los ocurridos en los contratos para obra o servicio determinado); y, en segundo lugar, establecer requisitos y especialidades para proceder a la conversión de los contratos temporales en contratos fijos-discontinuos, lo que se entiende como una nueva previsión de promoción de la contratación indefinida.

A la vista de ello, con la regulación en este párrafo octavo de los contratos fijos-discontinuos, y su incardinación dentro del precepto que regula los contratos temporales estructurales parece darse un paso atrás, más bien se oscurece la diferenciación de la nunca fácil frontera entre este tipo de contrato y los de duración determinada bien por obra o servicio determinado, bien los eventuales por circunstancias de la producción. Diferenciación que parecía haberse asentado con la regulación de los contratos fijos-discontinuos como modalidad del contrato a tiempo parcial a través de la redacción dada al artículo 12.2 por el Real Decreto-Ley 15/1998 y Ley 55/1999. Lo cual provocará una mayor difuminación entre ambas modalidades y un intercambio en su utilización, por lo que de nuevo hay que lamentar esta contradicción entre los objetivos perseguidos formalmente, la estabilidad, y lo efectivamente realizado, ampliar la flexibilidad e introducir nuevos factores de irracionalidad organizativa en materia de contratación.

Finalmente, y evidenciando una vez más la estrecha conexión normativa y práctica entre el momento de acceso al empleo -contratación- y el de salida -extinción-, reafirmada en las últimas reformas del mercado de trabajo orientadas en una dirección de política de empleo, el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, introduce algunas reformas respecto a la **extinción de los contratos de duración determinada y de obra o servicio** (art. 3.º), a los que ya hemos hecho referencia. Nos centraremos ahora en la nueva redacción a la letra c) del apartado 1 del artículo 49 de la LET, que adiciona un segundo inciso, quedando el resto del precepto modificado, pues la nueva letra e) al artículo 52 de la LET referido afecta, salvo lo referido más arriba, al contrato de duración indefinida.

Como es sabido, los contratos temporales se extinguen, previa denuncia de cualquiera de las partes, bien por la llegada del término bien por la realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1 c) de la LET y art. 8.º 1 a) del RD 2720/1998], por lo que a diferencia de lo que sucede en materia de despidos -salvo el caso de despido disciplinario procedente-, no se prevé con carácter general indemnización alguna por ruptura del vínculo contractual. Pues bien, el nuevo artículo 49.1 c) de la LET prevé el derecho del trabajador a recibir una indemnización cuando expire el tiempo de duración del contrato o realice la obra o servicio para la que fue contratado, descartando expresamente aquellos contratos de causalidad más difusa -contrato de interinidad; contratos de inserción, contratos formativos-.

La cuantía de aquélla viene establecida por una regulación legal, de carácter supletorio, que asciende a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio. Esta regulación no hace sino generalizar en vía legal una práctica convencional presente en determinados sectores, que han venido previendo indemnizaciones de fin de contrato, de forma análoga a la regulación del extinto, salvo para los trabajadores minusválidos, contrato para el fomento del empleo, con lo que se introducía una regla compensadora de la desregulación causal que, al mismo tiempo, se realizaba en la negociación colectiva.

El *quantum* indemnizatorio, sin embargo, queda remitido para su concreción en cada caso a una doble fuente: la negociación colectiva, sin más precisión al ámbito concreto ni a su naturaleza, estatutaria o extraestatutaria, a diferencia de lo que es una tónica general desde la reforma de 1997, por un lado, a la normativa específica que le sea de aplicación. Sólo en su defecto (relación de subsidiariedad) entrará en juego la cuantía mínima, ciertamente limitada y que viene a complicar más el panorama cuantitativo en materia de indemnizaciones por fin de contrato -o por despido, en su caso-, fijada por la Ley. Al respecto, dos comentarios merece la pena realizar en este momento.

En primer lugar, no existe limitación alguna para las partes colectivas con relación a la fijación de la cuantía indemnizatoria. Por lo tanto, las partes negociadoras podrían establecer cuantías inferiores a la que rige en defecto de previsión. Consecuentemente, la remisión de la Ley a la negociación colectiva implica una relación característica del Derecho dispositivo, que admite regulaciones convencionales *in peius*, lo que además de criticable para una reforma que pretende reducir los excesos de temporalidad («cláusulas de penalización»), contrasta con la configuración tradicional de la materia extintiva como Derecho necesario relativo, esto es, *indisponible in peius*.

Segunda consecuencia que se desprende es la de que la fijación de la cuantía por la negociación colectiva no podrá ser impedida por la normativa específica que sea de aplicación al contrato. En efecto, la utilización de la conjunción disyuntiva «...o...» implica la indiferencia a estos efectos del legislador en orden a la fuente normativa que determine la cuantía de la indemnización. Reconocido en vía legislativa el derecho, la cuantía concreta queda remitida bien a la negociación bien a la «normativa específica» aplicable, que podrá fijar cuantías diferentes, tanto al alza como a la baja de la prevista legalmente. El sistema de fuentes vigente en nuestro ordenamiento, que reconoce un poder de regulación normativa originario a la autonomía colectiva, impide reconocer a esta normativa específica la posibilidad de cerrar a la autonomía colectiva sus posibilidades en esta materia.

2.2. *La reforma de la contratación temporal indirecta: una reforma meramente técnica por razones de convergencia.*

Ciertamente, una reforma en la que efectivamente se marcara la reducción de las fortísimas tasas de temporalidad que todavía soporta nuestro mercado de trabajo, ampliamente alejadas de la medida comunitaria, tendría que incidir de modo significativo en ordenación del mercado de empleo temporal reservado a las ETT, produciendo una nueva reordenación que complementara la realizada en 1999. Éste es un ámbito, el de las formas de gestión indirecta de las relaciones de trabajo, en el que las reformas legales no sólo tienen un efecto preventivo de los comportamientos anómalos jurídicamente, o sancionador de los incumplimientos, sino que adquiere una importantísima dimensión económico-organizativa, en la medida en que marca las reglas de competencia entre unas empresas, las ETT y otras, las Empresas de servicios, entre unos mercados, el de trabajo temporal, y otros, el de la subcontratación.

Precisamente, la reforma del régimen salarial y de algunos aspectos de la duración del contrato de trabajo en el ámbito de las ETT (Ley 29/1999), ha conllevado un importante movimiento de la contratación desde este sector hacia el de las empresas de servicios, de sentido opuesto al que se

produjo con la aprobación de la Ley 14/1994. Todo ello facilitado por las propias estrategias de organización empresarial de la actividad económica que, no obstante las prohibiciones legales, ha permitido la integración de unas empresas y otras en grandes grupos empresariales, cuya situación de favor por parte del ordenamiento respecto de sus políticas de flexibilidad macroorganizativa ha posibilitado un gobierno unitario de estos procesos de reforma legislativa funcional para una máxima flexibilidad en la gestión. De este modo, la propia legislación posibilita, cuando no incentiva, la elusión o «huida» de las normas de garantía de los derechos de los trabajadores frente a estas sofisticadas y fluctuantes operaciones de «ingeniería jurídico-laboral», desembocando en un incremento descontrolado de inestabilidad en el empleo, cuando el objetivo de política legislativa que se dice buscar con las reformas es justamente el contrario, la estabilidad ⁶⁸.

La reforma que comentamos, pese a marcarse como objetivo resolver los problemas prácticos evidenciados en el funcionamiento del mercado de trabajo, que sigue adoleciendo de un exceso de temporalidad, parece ignorar, consciente o inconscientemente, esta situación, y se ha limitado a dos reformas de alcance menor y probablemente con una orientación diferente. Por un lado, ha reforzado los límites a la gestión externa de mano de obra mediante el recurso a las ETT, cuya relación con la política de empleo se remota en el tiempo, a través de una modificación del artículo 8.º c) de la Ley 14/1994, en la redacción dada por la Ley 29/1999, de 16 de julio.

Este precepto, como es sabido, contempla un supuesto de exclusión (técnica de prohibición) de la contratación mediante el recurso a las ETT, cuando en los 18 meses anteriores a dicha contratación los puestos de trabajo hubieran estado cubiertos, durante un «período de tiempo superior a 13 meses y medio, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal». La modificación del tenor literal dado en 1999 a esta exclusión, que aparece como típica garantía protectora del empleo estable previamente existente, pretendiendo evitar el efecto sustitución, y evidencia una cierta preferencia legislativa por la contratación directa, viene motivada por la restricción realizada, en el mismo Real Decreto-Ley 5/2001, respecto del período máximo de duración del contrato eventual, que se reduce ahora, como vimos, a 12 meses en un arco de tiempo no superior a 18 meses, según las posibilidades de ampliación de plazos reconocidas a la negociación colectiva.

No estamos, pues, más que ante una reforma obligada como consecuencia del proceso de convergencia entre una y otra forma de contratación temporal, según una lógica inspiradora de la Ley 29/1999 y de la jurisprudencia (STS 4-2-1999). Se enmarca claramente en una línea orientadora de esta reforma como es la fijación de reglas que eviten o dificulten las consabidas y habituales sucesiones o rotaciones de contratos temporales, en este caso en el marco de contratos de puesta a disposición característicos de la contratación con ETT, por lo que supone una restricción o límite a esta

⁶⁸ El análisis de la jurisprudencia evidencia las «patologías» y «fisiologías» de estas nuevas formas de gestión indirecta, al margen de los límites legales (vid. SSTSJ País Vasco, 30-3-1999, ar. 1536; 27-4-1999, ar. 2308; Madrid 27-1-2000). Del mismo modo, la negociación colectiva, en particular los convenios colectivos de las ETTs y de las Empresas de servicios suministra importantes ejemplos. Para un estudio en profundidad vid. C. MOLINA NAVARRETE. *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal*. Universidad de Jaén-Caja Sur. Jaén. 2000. Más recientemente, en este mismo sentido J. M. GOERLICH. «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores». *AL*. n.º 3. 2001.

forma indirecta o externa de gestión del empleo, en favor de la contratación directa -por tanto no necesariamente estable-. No obstante, desde el punto de vista técnico plantea importantes problemas de aplicación -ej. no especifica qué tipo de contrato regula, aunque utiliza un parámetro de referencia que parece dar a entender que se trata de contratos eventuales; utiliza un criterio de identificación del empleo, el «puesto de trabajo», y no otros, la categoría o grupo profesional, que puede limitar extremadamente su operatividad...-.

En relación al mercado de la subcontratación, cuya ordenación jurídica flexible en el artículo 42 de la LET abre, entre otros procesos de exteriorización de la contratación y utilización de mano de obra, importantes vías de actuación a las empresas de servicios en un mercado que, en la representación legal, no les corresponde, el de la contratación temporal mediante cesión de trabajadores (art. 43 de la LET), la reforma apenas si tiene incidencia. En efecto, como se evidenciaba en la descripción global de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, en relación al artículo 42 de la LET, además de eliminar un límite cuantitativo de responsabilidad de la principal («trabajador propio comparable»), se limita a introducir, con carácter general, mejoras en la *transparencia informativa* del funcionamiento de estas formas de descentralización organizativa, hoy generalizadas como instrumento para introducir mayor capacidad de adaptación a las organizaciones empresariales a las necesidades que el mercado presenta en cada momento.

IV. EL NUEVO RÉGIMEN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: REGRESIONES DE LA ESTABILIDAD EN FAVOR DE LA FLEXIBILIDAD

Si bien con un alcance en gran medida opuesto a la reforma operada, de forma pactada entre Gobierno y sindicatos, en 1998, nuevamente el contrato a tiempo parcial se convierte en uno de los ejes cardinales sobre los que se asienta un proceso de modificación del Estatuto de los Trabajadores, a fin de fomentar un uso más amplio de este tipo de contratos, sobre los que tradicionalmente ha recaído una «leyenda negra» por su vinculación con instrumentos de reducción de garantías y derechos de los trabajadores, como ha revelado la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ⁶⁹. La elevada instrumentalización que esta figura contractual presenta, al menos potencialmente, tanto en el marco de una política de crecimiento y reparto del empleo, cuanto, sobre todo, en la dirección de un incremento de la flexibilidad del empresario para organizar el tiempo de trabajo, explica fácilmente el porqué de la extraordinaria frecuencia con que las diferentes modalidades de contrato a tiempo parcial se ven afectadas por las reformas del mercado de trabajo, con el consiguiente efecto desestabilizador de su regulación ⁷⁰.

⁶⁹ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 17-6-1998, Caso Hill y Stapleton, Asunto C-243/95.

⁷⁰ Vid. , entre la amplia bibliografía que este contrato ha generado en los últimos años, M. C. PALOMEQUE. «El Nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial». En AA.VV. *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova. 2000, pág. 45 y ss. De gran utilidad AA.VV. *El trabajo a tiempo parcial*. Lefebvre. 1998.

En este contexto de permanente cambio, la férrea oposición de los empresarios a la regulación precedente, la extraordinaria complejidad alcanzada por la regulación de 1998, que sin duda está entre las causas de su reducido uso, y la pretensión del Gobierno de canalizar parte de los trabajadores que todavía permanecen desempleados por esta vía contractual, eran elementos que dejaban presagiar que en la próxima reforma del mercado el contrato de trabajo a tiempo parcial volvería a verse fuertemente afectado. Y la lógica inspiradora de esta reforma difícilmente sería, de no alcanzarse un acuerdo entre sindicatos y empresarios, la garantista, propia de la reforma de 1998, no obstante su origen paccionado, en cuanto reflejo de un Acuerdo Marco comunitario -luego trasladado a una Directiva-, sino más bien, la contraria, la flexibilizadora. En cierta medida esta reforma asumiría un sentido de «contrarreforma», sin perjuicio de mantener significativas garantías impuestas tanto por los mandatos constitucionales como, sobre todo, por las exigencias comunitarias, así como por la propia necesidad de la empresa de trasladar mayor confianza y credibilidad a los trabajadores sobre las «bondades» de este tipo de contratos.

Las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001 giran en torno a dos líneas diferentes. Por un lado, una reorientación radical de la configuración conceptual de cierta modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, para lo que se adopta una solución que nos retrotrae dos décadas en la legislación laboral, trasladándonos al modelo originario de regulación estatutaria, lo que no puede dejar de revelarse, cuando menos, paradójico. Por otro lado, y esta línea era más previsible, como hemos dicho, se revisan algunas de las garantías establecidas en la anterior redacción del artículo 12 de la LET, al objeto de introducir una mayor flexibilidad a la hora de distribuir la jornada, buscando un mayor atractivo para el empresario.

Así, en primer lugar, la nueva reforma deshace el camino que comenzara a andar nuestra legislación laboral a partir del Real Decreto-Ley 18/1993 y que culminara el Real Decreto-Ley 15/1998, de modo que mientras el primero modificaba la conceptualización normativa del contrato fijo-discontinuo, de modo que de una «cuestión de duración del contrato» pasó a configurarse como una cuestión de distribución (irregular) de la jornada anual de trabajo, para lo que se trasladó su ubicación desde el artículo 15 (modalidades de contratos de duración determinada) de la LET a su artículo 12 (modalidades de contrato a tiempo parcial), el segundo le concedía una cierta sustantividad propia, más o menos «nominal», aun dentro de los contratos a tiempo parcial⁷¹. Ahora, no sólo desaparece de la denominación del artículo 12 de la LET, sino que su regulación se desdobra en dos preceptos diferentes: uno para los trabajos de temporada fija -aquéllos para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa-, que se incluyen dentro de la regulación establecida en el propio artículo 12; otro para los contratos de temporada variable, que retornan al artículo 15 de la LET, si bien se mantiene, como no podía ser de otra manera, su calificación como contratos de duración indefinida⁷².

Ya hemos dicho que esta opción «involucionista» no nos puede crear más que perplejidad y nos lleva a interrogarnos sobre el fundamento técnico-jurídico para desgajar uno de los tipos de contrato fijo-discontinuo -el de carácter periódico- y mantenerlo en su actual emplazamiento del artículo

⁷¹ Vid. M. ÁLVAREZ DE LA ROSA. «El trabajo fijo discontinuo...», *op. cit.* pág. 163.

⁷² Las últimas reformas han evidenciado la utilidad del contrato fijo-discontinuo para favorecer el empleo estable, apareciendo crecientemente referencias convencionales a este contrato como forma de empleo a promover por sus ventajas sobre otras formas, más habituales pero también más anómalas, como el contrato eventual y el contrato a tiempo parcial. Vid. Observatorio de Relaciones Industriales del CES, n.º 11. 1998.

lo 12.3, del otro de los tipos -el que se singulariza por tratarse de cubrir actividades cíclicas pero de fecha incierta- trasladándolo al artículo 15.8. Con ello, además de tratarse de una acción diferenciadora de dos subtipos contractuales de una misma modalidad que encuentra difícil justificación, se introduce mayor confusión conceptual y normativa en el ya precario diseño estatutario de la contratación, proyectando una sombra sobre el carácter de contrato de duración indefinida, ya afirmado por la jurisprudencia y recibido en la legislación actual ⁷³.

La segunda gran línea de reforma de este contrato se centra, como señalamos, en la eliminación de aquellos aspectos que han sido considerados como portadores de una mayor rigidez, y a los que se culpabiliza del limitado éxito de la reforma de 1998, por lo que persigue flexibilizar su régimen. En esta dirección, en primer lugar, complejizando y oscureciendo de nuevo los términos de descripción del contrato a tiempo parcial, se elimina del concepto de este contrato el límite de cuantificación numérica que se adoptó en el originario texto de 1980 y que se volvió a adoptar en la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 15/1998, que recibía en nuestro ordenamiento la ordenación comunitaria ⁷⁴. Y así se conceptúa como aquel contrato en el que se pacte un tiempo de prestación de servicios por parte del trabajador inferior al que fuere el normal para un «trabajador a tiempo completo comparable», entiendo por éste un trabajador a tiempo completo de la misma empresa o centro de trabajo, que tenga el mismo tipo de contrato y que realice trabajos idénticos o similares ⁷⁵.

Sin lugar a dudas, con el nuevo concepto de contrato a tiempo parcial se amplían sobremanera las posibilidades de utilización de la presente modalidad contractual. En contra de lo que representa una línea global de política del derecho comunitario en materia de contratación, se reabren de esta manera vías de utilización torticera o abusiva del mismo, ya que no existe un límite cuantitativo del tiempo de trabajo que nos permita diferenciar las dos posibilidades de pactación de la jornada (parcial y completa), pudiendo ser utilizado tanto para jornadas «mínimas» como para jornadas máximas, que se diferencien de la anual en sólo una hora. La nueva regulación pone el acento en la instrumentalización del trabajo a tiempo parcial para la lógica empresarial de la flexibilidad, en cuanto que le otorga significativas facultades para organizar conforme a las concretas necesidades de las empresas los aspectos cuantitativos y cualitativos del tiempo de trabajo ⁷⁶.

Una tercera reforma del precepto recae sobre el apartado tercero del artículo 12, el cual ve reducido sus términos a una de las dos letras que con anterioridad tenía. Esto es, el apartado tercero recogía, y recoge aunque con diferente alcance como veremos, la presunción de que el contrato a

⁷³ Para la conveniencia de otorgar a los contratos fijos-discontinuos un régimen jurídico propio y mínimamente detallado, en cambio, *vid.* S. DEL REY GUANTER y A. ASENSIO VALVERDE. «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido». *MTAS*, 18/1999, pág. 43.

⁷⁴ De conceptualización clara y accesible se califica a los términos en los que se conceptúa al contrato a tiempo parcial por el Real Decreto-Ley 15/1998. M. C. PALOMEQUE. «El "nuevo" contrato de trabajo a tiempo parcial», en AA.VV. *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*. Edit. Lex Nova. 2000, pág. 54.

⁷⁵ En el supuesto en que no hubiera en la empresa un trabajador comparable a tiempo completo, se establece una cláusula final de salvaguarda que obliga a estar a la jornada a tiempo completo prevista en convenio colectivo aplicable, sea de empresa o de sector, o, en defecto de éste, a la jornada máxima legal.

⁷⁶ *Vid.* F. VALDÉS. «El trabajo a tiempo parcial: crónica normativa de una compleja modalidad contractual». *Relaciones Laborales*. n.º 19. 2000, pág. 4.

tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido en los dos concretos supuestos posibles de contratos fijos-discontinuos: los de carácter cíclico y de fecha no determinable con carácter previo y los de actividad de temporada de manera fija y periódica. Tras la reforma del artículo 12.3 el enunciado se reduce a la presunción de contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido sólo para estos últimos, y trasladando la regulación del contrato laboral para trabajos fijos-discontinuos que no se repitan en fechas ciertas al artículo 15 de la LET apartado octavo que viene referido a los contratos temporales. Con esta acción modificativa, el legislador desconoce los caracteres de esta concreta modalidad contractual que la hacen singular frente a otros contratos de duración determinada, dificultando aún más la delimitación de fronteras, ya confusas en la práctica, entre los contratos eventuales y los fijos-discontinuos ⁷⁷.

En cuarto lugar, se modifica la letra a) del apartado 4 del artículo 12 que regula la forma del contrato a tiempo parcial. Se distinguen dos modificaciones diferenciables:

- Una lógica, que elimina la referencia a las menciones que han de constar en los contratos para trabajos fijos-discontinuos de inicio y duración incierta, ya que, como hemos dicho, se traslada la regulación de tales contratos al enunciado del artículo 15.8 de la LET.
- Otra, en clave nítidamente flexibilizadora, por cuanto de las menciones que han de constar en el contrato a tiempo parcial se excluye la necesidad de que concrete específicamente la distribución horaria mensual, semanal o diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador ha de prestar los servicios.

Con esta abrogación de los términos de concreción de la distribución del tiempo en los que se ha de prestar el trabajo se reconoce al empresario una amplia libertad de disposición, con lo que se perjudica el interés del trabajador a prestar su trabajo en un marco razonable de certidumbre y garantías sobre los elementos centrales de su contrato. Se vuelve, según una línea orientadora presente por doquier en este Real Decreto-Ley 5/2001, a regulaciones precedentes, respecto de las cuales actúa como «contrarreforma» y produce una regresión garantista. Así sucede respecto del artículo 18.1 del Real Decreto 2371/1993, que en contraste con la precedente regulación del artículo 12.4 a), no recogía la obligatoriedad de concretar mensual, semanal y diariamente los servicios que ha de prestar el trabajador ⁷⁸. Por tanto, con la comentada modificación, se asiste a un retroceso en la tutela del interés del trabajador por cuanto se aminoran los elementos de conocimiento previo de aquellos aspectos esenciales de su prestación laboral; y en concreto, el momento en el que la deuda laboral ha de ejecutarse, con la consiguiente quiebra de la seguridad jurídica.

⁷⁷ Si para la primera de ellas la necesidad del trabajo es imprevisible y no reiterada cíclicamente, para la segunda la necesidad del trabajo es habitual, pero intermitente a intervalos temporales separados y reiterados aún sin fecha cierta. *Vid.* SSTSJ de Andalucía, de 4-3-1998; de Madrid, de 12-3-1998, entre otras.

⁷⁸ De intención rigidificadora se califica a la regulación del artículo 12.4 a) de la LET, versión de 1998. *Vid.* S. DEL REY y A. VALVERDE ASENCIO. «La nueva regulación del contrato...», *op. cit.* pág. 34. Para una defensa de esta dimensión garantista de la reforma *vid.* F. VALDÉS. «Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial» (I), *Relaciones Laborales*. 1999-II, pág. 54.

Por último, el Real Decreto-Ley 5/2001 reforma el apartado 5.º del artículo 12 dedicado a la regulación de las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, consideradas como una de las más significativas novedades de la reforma del artículo 12 por el artículo 1.º 1 del Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre. Aunque su finalidad era, precisamente, introducir elementos de flexibilidad compensadora de las reformas garantistas introducidas en este momento, su extraordinaria complejidad evidenciaba ya la existencia de significativos problemas para un adecuado funcionamiento de las mismas. De la misma manera que la regulación dada, en 1998, a esta «nueva modalidad de jornada de trabajo» pudo comprenderse como reflejo de las reglas fundamentales que inspiraron aquella reforma, los cambios introducidos por este nuevo, y seguro que no el último, capítulo de la atormentada historia de reformas de los contratos a tiempo parcial, expresan con nitidez la lógica de flexibilidad que informa la reordenación producida ahora ⁷⁹.

La primera de las letras afectadas por esta nueva reforma del artículo 12 de la LET es la b) del apartado quinto. Con ella se suprime la limitación de que los trabajadores fijos-discontinuos con jornada parcial puedan pactar la realización de horas complementarias, incluyéndose, por tanto, a este colectivo dentro de la limitación general que establece el artículo 12.5 b). Éste habrá de interpretarse en un sentido amplio, de modo que comprenda tanto los contratos ordinarios como los de fomento de la contratación indefinida, incluyendo dentro de ellos a los contratos temporales del artículo 15 de la LET, los contratos de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, los contratos de relevo y los contratos en prácticas ⁸⁰. De este modo, la regulación actual de las horas complementarias quedaría reducida a la posibilidad de pactar su realización con exclusividad a los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida, lo cual ha de ser interpretado, desde un punto de vista de política legislativa, como un fuerte incentivo a la celebración de contratos a tiempo parcial de carácter estable ⁸¹.

En segundo lugar, se suprime la letra c) del artículo 12.5 de la LET que venía a establecer la posibilidad de denuncia unilateral del pacto por el trabajador siempre que hubiese transcurrido un año desde la celebración del pacto de realización de horas complementarias y con un preaviso de tres meses a la fecha del vencimiento. Con esta supresión se elimina el carácter estrictamente temporal del pacto, prorrogable por períodos de un año siempre que no hubiera denuncia previa, y sujetándose a la voluntad del trabajador que podría poner fin al pacto o imposibilitar su prórroga. Con ello parece, sin lugar a dudas, que se da pleno respaldo a las críticas que se vertieron sobre el supri-

⁷⁹ La lógica de la flexibilidad ha sido, sin embargo, una constante en la configuración de esta tipología de contratos de trabajo, si bien la última, producida con el Real Decreto-Ley 15/1998, pretendió un equilibrio efectivo entre flexibilidad y garantismo. Para estas reformas y los problemas de configuración, antes de la reforma de 1998, *vid.* H. MERINO SENOVILLA. *El trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova. 1994.

⁸⁰ *Vid.* F. VALDÉS. «Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial», en AA.VV. *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, *op. cit.*, pág. 148.

⁸¹ Sólo los empresarios que formalicen contratos de este tipo dispondrán de un elemento de flexibilidad -las horas complementarias- del que carecen si suscriben contratos de otro tipo. Y ello en claro detrimento del atractivo para el empresario que podría reportar al contrato fijo-discontinuo la realización de las mismas. Una interpretación diferente parece que podría mantenerse desde la exégesis que realiza el Profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, por cuanto viene a entender que el colectivo de los fijos-discontinuos estaría integrado de por sí dentro de la categoría del contrato a tiempo parcial estable. *Vid.* «Las horas complementarias». *MTAS*, 19/1999, pág. 100.

mido apartado c), y que provenían en su totalidad de sectores empresariales, por cuanto entendían que ello generaba inseguridad al empleador, así como que atentaba contra uno de los principios de nuestro Derecho Común de los Contratos, el dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, la estructuración y el diseño que de las mismas hizo el legislador no parece que sean asumibles estas críticas. Más bien, con la actual regulación se abre para el empresario la posibilidad de exigir al trabajador que permenezca a su disposición un cierto número de horas, imposibilitando su oposición siempre que aquél gestione dichas horas correctamente. Al mismo tiempo, se cierra toda posibilidad de desligarse, salvo la extinción unilateral o el acuerdo de ambas partes, del compromiso asumido por el trabajador, salvo que el empresario haya incumplido las condiciones previstas legal o convencionalmente, en cuyo caso se libera al trabajador de cumplir con el eventual requerimiento empresarial, al ser considerado como no sancionable [art. 12.5 g) de la LET]⁸².

En tercer lugar, el antiguo apartado d) del artículo 12.5, y en la actualidad designado con la letra c), se mantiene en su integridad la anterior regulación, que está referida a los límites cuantitativos del pacto de realización de horas complementarias y que se fijaba en un 15% de las horas ordinarias, aunque disponible el mismo por convenio con el límite máximo del 30%. Pues bien, es este segundo límite el que es objeto de modificación ampliándose a un 60% de las horas ordinarias contratadas.

Con tal ampliación del límite máximo al que está sometido el convenio colectivo de sector o, en su defecto, el convenio de ámbito inferior -de empresa o infraempresarial, o bien convenios franja- se provoca una patente alteración del equilibrio que con la anterior regulación se pretendía mantener entre trabajo predeterminado y trabajo variable, limitando la disponibilidad del trabajador. Así, con la ampliación, se puede llegar a dar situaciones en las que marginalidad con la que se quiso revestir al diseño de las horas complementarias se difumine en favor de una mayor cantidad de horas de trabajo disponibles. En conclusión, con el nuevo límite del 60% de las horas ordinarias se debilita la lógica que subyacía en la regulación del límite de las horas complementarias y que no era otra sino aproximar la jornada ordinaria a lo que realmente se presta y haciendo a la complementaria un elemento secundario de la deuda laboral⁸³.

En cuarto lugar, se modifica la antigua letra e), pasando a denominarse letra d), en la cual se establecen los términos en los que se ha de ejercitar el poder unilateral del empresario para distribuir las horas complementarias que haya pactado. En primer término, se nos decía en el artículo 12.5 e) de la LET, versión de 1998, que la distribución y la forma de realización de las horas complementarias se habrán de atener a lo previsto en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Y en caso de ausencia de regulación convencional se establecía un régimen supletorio legal aplicable. De la nueva redacción se extraen las siguientes consecuencias:

⁸² Lo que, por otro lado, no es sino una proyección de una regla más general del derecho común de los contratos (art. 1.124 CC), o incluso de un principio del Derecho del Trabajo contemporáneo, que exige el cumplimiento de la orden empresarial sólo cuando su ejercicio sea regular (art. 20 de la LET).

⁸³ Vid. M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Las horas complementarias», *op. cit.*, pág. 102.

- Se elimina la referencia al ámbito del convenio que es hábil para regular las condiciones susodichas de ejercicio del poder empresarial, haciendo una invocación genérica a los convenios colectivos aplicables. De lo cual hemos de entender que se habilita a cualquier convenio sea cual sea su ámbito, incluidos los singulares acuerdos colectivos de empresa, los cuales se adaptarían funcionalmente a dicha regulación dada su dimensión de gestión conjunta de aspectos tales como los que se tratan aquí.
- Se le otorga mayor campo de acción a las previsiones realizadas en el propio pacto individual de horas complementarias, por cuanto la supresión del régimen legal supletorio caso de no haber convenio colectivo aplicable hace plenamente viable que el pacto de horas complementarias sea el que en ausencia de convenio regule la distribución y la forma de realización de las mismas. No pudiendo entender que en presencia de una regulación convencional de aquellos aspectos el pacto individual pueda disponer de la misma, salvo que la mejore.
- Se suprime el régimen legal supletorio de regulación de la distribución y forma de realización de las horas complementarias, lo cual es sin lugar a dudas una clara acción desreguladora que resquebraja una «red de seguridad» en favor de los intereses de los trabajadores, lo cual resalta aún más la clave desde la que hay que interpretar la presente reforma: nuevamente la flexibilidad se convierte en eje inspirador de una reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial.

No obstante perdura de la anterior regulación legal supletoria una previsión: el derecho que tiene el trabajador a conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días. A ella se le añade el que por convenio se puede pactar en otros términos tal derecho, lo cual podrá hacerlo tanto mejorando lo en él dispuesto como limitando e incluso excluyendo su alcance, aunque esta última posibilidad supondría un claro atentado a la libertad del trabajador de organizar su descanso y su vida privada, lo que constituye un problema jurídico de gran envergadura.

En quinto lugar, las letras f), g) y h) pasan a ser las letras e), f) y g) del artículo 12.5 de la LET, sin que su contenido sustantivo sea modificado en su alcance y términos. La primera recoge el deber de respetar los mínimos de derecho necesario en materia de jornada y descanso, la segunda mantiene la retribución de las horas complementarias como horas ordinarias, con el consiguiente efecto reductor de costes para los empresarios en relación a las horas extraordinarias, y la letra g) establece dos reglas diferentes, por un lado, recuerda las fuentes reguladoras del pacto de horas complementarias, evidenciando el papel importante concedido a la negociación colectiva, por otro, el carácter de conducta no sancionable atribuido a la negativa del trabajador a cumplir con el pacto de horas complementarias cuando el empresario no ha respetado las condiciones legal o convencionalmente pactadas (norma de autotutela o *ius resistentiae*).

Por último, en relación a las modificaciones realizadas respecto del artículo 12.5 de la LET, se procede a suprimir en su totalidad la letra i) del mismo, y que estaba en su integridad centrado en la regulación de la consolidación de las horas complementarias. Esta regulación ha sido uno de los

aspectos más criticados desde sectores empresariales ⁸⁴, viniendo a prever, como sabemos, que ante el recurso de manera continuada a una ampliación de la jornada ordinaria pactada a través de la realización de horas complementarias, éstas pasarían a considerarse jornada pactada, entendiéndose como una ampliación de aquélla. Pues bien, tal derecho del trabajador, que había sido incluso cerrado a la disponibilidad de tal regulación por convenio colectivo, se abroga en su totalidad, quedando por tanto a las previsiones que sobre consolidación de las horas complementarias se puedan realizar bien a través de la negociación colectiva, bien a través de la autonomía privada de las partes, aunque se nos antoja harto difícil su previsión por alguna de las vías mencionadas.

V. CONSOLIDACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL CONTRATO PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO ESTABLE

Sin duda, la principal novedad en materia de contratación introducida por la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo de forma pactada en 1997 fue la creación de una «nueva modalidad» de contrato de trabajo de duración indefinida, en el que se sintetizaban las virtudes y, al mismo tiempo, las contradicciones jurídicas que acompañaban a una reforma que pretendía corregir los excesos a que habían conducido más de una década de políticas, prácticas y construcciones jurisprudenciales orientadas hacia la flexibilización de nuestro sistema de contratación. Nacido como un contrato experimental, incluso coyuntural, aunque con una más que evidente vocación de permanencia, el denominado contrato para el fomento del empleo indefinido o de la contratación estable -«contrato de fomento de la contratación indefinida»-, tras esta última reforma se consolidaría como el «nuevo» contrato indefinido prototípico, desplazando el denominado contrato indefinido común u ordinario a una continua o progresiva residualidad o marginalidad.

Una vez analizados los cambios normativos producidos orientados a desincentivar la contratación temporal, indirectamente incentivadores o promotores del recurso a la contratación indefinida, y según una línea de reformas de doble dirección ya presente en la reforma de 1997, aunque en la aquí analizada ya hemos visto que la opción de política del Derecho es más equívoca, menos lineal, procede comentar los cambios operados en esta modalidad contractual «estrella» de las reformas del mercado de trabajo que tienen como prioridad recuperar cotas de estabilidad perdidas en los últimos años (art. 17.2 de la LET; disp. adic. 1.º 1 de la Ley 63/1997). A tal fin, conviene comenzar poniendo de relieve la sustancial continuidad del régimen jurídico existente antes de esta última reforma, concentrándose el cambio principal en la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, lo que por lo demás es congruente con la más general opción que inspira toda la reforma.

Como es conocido, en realidad los cambios operados en la regulación del contrato de trabajo de duración indefinida clásico se limitan a dos aspectos, aplicándose en todo lo demás la regulación común contenida en el Estatuto de los Trabajadores, lo que impide hablar de un nuevo contrato de trabajo para situarlo en una pura manifestación de la instrumentalización de los contratos laborales al

⁸⁴ Sobre ello, *vid.* RODRÍGUEZ y PIÑERO ROYO, M. C.: *Las horas complementarias*, *op. cit.*, pág. 110.

servicio de los objetivos de política de empleo, incluso sacrificando la propia racionalidad y coherencia de la ordenación jurídica. Estos dos aspectos son: la selección de los colectivos susceptibles de optar a una contratación de este tipo, con la consiguiente restricción de la libertad contractual contemplada de forma plena respecto de la modalidad común (carácter selectivo de las políticas de empleo), por un lado, la fijación de un diferente régimen indemnizatorio para los despidos por causas económicas declarados improcedentes, con la consiguiente reducción de este tipo de costes para el empresario (concepción de la norma laboral como un coste a optimizar en términos de eficiencia), por otro.

Por lo que refiere al ámbito de aplicación, el apartado 2 de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 5/2001, permite la celebración de este contrato en dos grupos de situaciones diferentes. A saber:

1. Acceso directo: personas desempleadas en quienes concurren especiales dificultades de acceso al mercado ordinario de trabajo. Estos colectivos especialmente perjudicados o vulnerables, respecto de los cuales el contrato de fomento de empleo estable pretende servir como garantía de accesibilidad al mercado de trabajo, serían ahora los siguientes:

a) Jóvenes desde 16 hasta 30 años, ambos inclusive.

La ampliación de los supuestos es evidente si se tiene en cuenta que en la regulación ahora derogada el límite mínimo se fijaba en 18 años, mientras que el límite máximo se situaba en los 29 años. La voluntad del legislador de convertir esta modalidad en el contrato ordinario o común es aquí manifiesta.

b) Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

La preocupación por una mejor distribución de las oportunidades de empleo constituye el punto de partida de la introducción, novedosa, del colectivo de las mujeres como especialmente seleccionado para beneficiarse de esta medida contractual de fomento del empleo estable. La finalidad se sitúa, pues, en la búsqueda de una mayor equiparación en los niveles de empleo de hombres y mujeres, ante una tozuda realidad que evidencia profundas diferencias en las tasas de desempleo entre unos y otras, en perjuicio de las mujeres, de modo que mientras existen ya en nuestro país territorios que están en la media, o por debajo de la media, europea en materia de desempleo, en la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas el desempleo femenino sigue muy por encima de la media europea.

Se trata, en definitiva, de una medida de «acción afirmativa» que persigue un objetivo no sólo de fomento de empleo estable, sino de redistribución más justa de la ocupación entre mujeres y hombres, en la dirección marcada por las directrices y normas comunitarias. En este sentido, el PNAE de España 2000 se marcaba como objetivo ir más lejos que los dos Planes anteriores en el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, ante la constatación de este desequilibrio del mercado de trabajo.

c) Mayores de 45 años de edad.

En este caso, el objetivo perseguido se identifica más bien con la recuperación y reintegración en el mercado de aquellas personas que tienen una edad avanzada para las actuales necesidades de las empresas y economías productivas. Este colectivo ya aparecía como tal en la regulación precedente.

d) Parados que lleven, al menos, seis meses inscritos como demandantes de empleo.

Nuevamente se produce una ampliación de los supuestos, pues si es cierto que este colectivo ya aparecía recogido expresamente como beneficiario de esta modalidad contractual, no menos cierto es que ahora se reduce de un año a seis meses la exigencia de estar inscrito en una oficina pública de empleo.

e) Minusválidos.

También este colectivo es habitual en la delimitación de las diferentes políticas de empleo, tanto de fomento de empleo temporal, como se vio, cuanto para el fomento del empleo estable. No experimenta modificación alguna.

2. Acceso indirecto o por reconversión: trabajadores contratados en la misma empresa de forma temporal, incluidos los contratos formativos, en la fecha de celebración del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida y siempre que aquéllos se hubiesen celebrado con anterioridad al 31 de diciembre de 2003.

Sin duda, en este caso el contrato sirve como vía o instrumento de «regularización» de los nichos de contratación temporal irregular o abusiva que, no obstante las medidas de reforma adoptadas en 1997 en aras de la defensa de la causalidad de los contratos temporales, se han mantenido y de los que el legislador es perfectamente consciente. Más aún: esta posibilidad se amplía a contratos temporales celebrados en un período posterior a la entrada en vigor de la Ley para realizar esta conversión de los contratos temporales, a diferencia de lo que sucedía con la derogada regulación precedente, lo que quizás evidencie un cierto pesimismo -o realismo- en torno a la eficacia de esta reforma para la restauración de la causalidad de los contratos temporales estructurales, en especial el eventual y el de obra, hoy absolutamente desvirtuados en la práctica.

No se prevé, en cambio, una habilitación o remisión a la negociación colectiva para que pudiera dirigir las futuras conversiones de contratos, como sí sucedía en la Ley 63/1997. Queda siempre abierta, no obstante, como la experiencia enseña, la posibilidad de cambios mediante las Leyes económicas de coyuntura, sea la Ley de Presupuestos sea, sobre todo, sus Leyes de Acompañamiento.

Si ya en su día se señaló el escaso carácter selectivo de esta modalidad contractual, aun siendo una medida de fomento del empleo, razones ambas que relativizaban en extremo las acusaciones vertidas sobre este contrato por su eventual inconstitucionalidad, desde la actual regulación, y considerando la ampliación llevada a cabo respecto de determinados colectivos, tal observación adquiere ahora plena confirmación, total acierto en su análisis. Esta amplitud del ámbito subjetivo evidencia el peligro de «normalización» de esta modalidad en perjuicio del contrato indefinido ordinario,

si bien esta situación no parece verificarse en la más reciente práctica contractual, a juzgar por los resultados que revela la estadística del año 2000, que registra más contratos indefinidos ordinarios que de fomento de empleo ⁸⁵, lo que podría venir a dar la razón a aquellos que vienen evidenciando que la política de incentivos a tal fin ha tocado techo.

La segunda de las novedades introducidas en la regulación del contrato para el fomento de la contratación indefinida se refiere a las excepciones establecidas a la regla general sobre los empleadores que pueden realizar este contrato. Como sabemos, lo podrá celebrar cualquier empleador, salvo las empresas que en los seis meses (precedentemente 12 meses) anteriores a la celebración del contrato hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo, si bien en sólo dos grupos de supuestos -se descarta incomprensiblemente la realización de despidos disciplinarios improcedentes, a diferencia de lo que suele suceder en previsiones normativas de este tipo-:

- 1.º Por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial -excluyéndose por tanto los despidos de esta naturaleza reconocidos en conciliación, lo que amplía las posibilidades de elusión de la garantía-.
- 2.º Por despido colectivo.

Como se observa, a las restricciones de eficacia ya presentes en la normativa anterior, ahora se ha añadido una reducción de alcance temporal de esta *cláusula de garantía frente al abuso* del nuevo contrato de fomento de empleo estable -que, por otro lado, viene exigida por la racionalidad en el uso de fondos públicos-, pues la limitación afectará únicamente a los despidos producidos tanto sólo a seis meses desde su realización. Si además se tiene en cuenta que la limitación únicamente afectará a la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o el despido, y para el mismo centro de trabajo, lo que abre amplias posibilidades de elusión mediante el ejercicio oportunista del *ius variandi*, normal o excepcional, parece claro que la eficacia de la medida de prevención frente al abuso resulta todavía más limitada que en la regulación anterior. Lo que evidencia la pretensión del legislador de favorecer la acción de sustitución de contratos con mayores cargas económicas por estos otros más atractivos desde el punto de vista de costes laborales en sentido amplio (vía reducción del precio de extinción y reducción vía subvención pública).

Asimismo se mantiene la inaplicación de este límite cuando las extinciones de contratos, por vía de despido colectivo, haya sido acordada con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas previstas en el apartado 4 del artículo 51 de la LET. Esta regla de favor hacia una política negociada o consensuada de reducción, modernización y rejuvenecimiento de plantillas ha sido objeto de crítica por el agravio comparativo que supone respecto del tratamiento que recibe el ejercicio unilateral de esta misma política, cuando se trata en ambos casos de distribuir fondos públicos, según una lógica característica de la política de empleo ⁸⁶.

⁸⁵ Así se expresa en la evaluación del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo realizado por CC.OO. y UGT, *vid.* «Evaluación del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo», *op. cit. Relaciones Laborales*, 24/2000, pág. 64.

⁸⁶ *Vid.* F. PÉREZ DE LOS COBOS. «El contrato de fomento...», *op. cit.* pág. 219.

No ha experimentado ninguna variación, sin embargo, el aspecto más relevante de la regulación de esta «modalidad» contractual de empleo estable, pese a que en el proceso previo de concertación, ahora frustrado, ha constituido una cuestión que ha influido poderosamente en su desarrollo y, también en su frustración, junto con las denominadas «cláusulas de penalización» de la contratación temporal. Nos referimos, claro está, a la reducción de la indemnización por despido improcedente cuando se debiera a causas económico-empresariales, pasando de 45 días a 33 días por año de servicio (y de 42 a 24 mensualidades el límite máximo). Pese a las múltiples fórmulas ofrecidas para tratar de afrontar esta cuestión, de modo que se produjera una nueva reducción del coste del despido, prácticamente la única cuestión que realmente preocupa a las organizaciones empresariales y en la que fundamentan sus principales acusaciones de «rigidez» de nuestro mercado de trabajo, sin que se perjudicara al mismo tiempo un mínimo derecho indemnizatorio para el trabajador, el Legislador, no se ha atrevido a afectar esta delicadísima cuestión, manteniendo intacto, al menos por el momento, el acuerdo a que se llegó en 1997.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Precisamente, en esta opción de política jurídica se sintentizan buena parte, si no todas, de las líneas inspiradoras de ésta -y de las anteriores, y seguramente de las futuras- reforma del mercado de trabajo. Por un lado, se evidencia el carácter compromisorio, transaccional que asumen, buscando un diverso equilibrio entre las razones del empresario (flexibilidad) y las del trabajador (seguridad). Por otro, la continua instrumentalización de las instituciones ordenadoras del mercado de trabajo al servicio de la política de empleo, sacrificando su racionalidad conceptual y su estabilidad normativa en el altar de la flexibilidad empresarial y de la experimentación ocupacional. A tales fines no importa que con ello se vean desvirtuadas o desnaturalizadas, pues priman los objetivos de eficacia en términos estadísticos -incremento de empleo-, aunque no haya garantías de que cumplirán eficazmente este objetivo e, incluso, aunque se sepa que creará efectos distorsionadores, que de nuevo obligarán a poner en marcha la maquinaria de reforma, pactada o no.

La reforma aquí comentada, muy criticable en la forma «no porque se haga sin consenso, pues los poderes públicos tienen un mandato constitucional de actuar, sino porque se haga por Decreto-Ley sustrayendo al Parlamento el debate (aunque se tenga mayoría absoluta)». Aunque también resulta criticable en el fondo, por promover regresiones conceptuales y normativas difícilmente justificables hoy, no hace sino consolidar una situación que se remonta en el tiempo (1984), respecto de la cual representa tan sólo una fase más. Confirma un entendimiento de la norma como instrumento para la optimización de los costes de personal y de distribución de fondos públicos en favor de la empleabilidad. Quizás sea el «signo de los tiempos», pero el jurista no debe resignarse a una labor de mero notario y cronista de la situación, aunque tampoco esta reforma es, a nuestro juicio, de las que requieran quemar el último cartucho, el de la huelga general.