

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

ESTE comentario tiene por objeto ofrecer un análisis pormenorizado de todas y cada una de las novedades incorporadas por la Ley 12/2001, de 9 de julio, segunda entrega de lo que no puede considerarse más que una primera fase de la reforma laboral del año en curso, con excepción de las medidas integradas en el programa de fomento de empleo para el año 2001, no sólo porque en esta materia los cambios han sido de menor trascendencia respecto de lo previsto en el RD-Ley 5/2001, sino porque será objeto de análisis específico en esta misma Revista. Para ordenar un catálogo tan amplio de cuestiones se han tratado de identificar tres líneas orientadoras que permitan explicar, con razonable precisión, el sentido de todos los aspectos reformados.

Así, junto a reformas que persiguen integrar lagunas, tanto técnicas como de política del derecho, claramente evidenciadas y evidenciables en la norma base, el RD-Ley (principio de eficacia de los objetivos de la reforma), otras, las más pretenderían corregir importantes defectos técnicos (principio de seguridad jurídica), así como, las menos, el sentido dado a determinadas opciones legislativas, extremadamente flexibilizadoras (principio de protección). Finalmente, una tercera línea de intervención reformista ha pretendido apartarse en gran medida del contenido típicamente de política de empleo ofrecido por el RD-Ley 5/2001, para proporcionar una nueva regulación a instituciones clásicas en la política laboral (principio de adaptación o adecuación normativa). Particular importancia presenta, en este grupo, la reordenación profunda que se lleva a cabo en el régimen de la transmisión de empresa (art. 44 LET), cuyo alcance va más allá del confesado objetivo de transponer la Directiva 98/50/CE, hoy ya derogada, aunque ello no empece el compromiso de transposición de esta norma.

Aunque en una valoración de conjunto de la Ley 12/2001 el balance que nos merece es más positivo que el que nos permitía el RD-Ley 5/2001, tampoco esta Ley está exenta de críticas, tanto en la forma, por la revivificación del principio de autoridad de la mayoría absoluta que ha realizado, cuanto, sobre todo, en el contenido. Primero porque mantiene los principales aspectos de regresión conceptual y normativa introducidos con el RD-Ley, aportando reformas meramente técnicas y de escaso calado. Segundo porque ha sido insuficiente la integración de lagunas evidenciadas por esta última norma, en particular en la lucha contra el abuso de la contratación temporal. Tercero, porque las novedades en materia estrictamente laboral, con ser interesantes, reflejan normas que ya estaban operativas en nuestra experiencia jurídica.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Una visión panorámica de la reforma: el cuadro global de las «novedades» que presenta la Ley 12/2001, de 9 de julio.
- III. La versión modificada por la Ley 12/2001, de las reformas en materia de contratación introducidas por el RD-Ley 5/2001.
 1. El nuevo régimen jurídico-laboral de los contratos de inserción ocupacional.
 2. Las reformas de los contratos de duración determinada: un pobrísimo arsenal de cláusulas de prevención del abuso.
 3. La (des)regulación del contrato a tiempo parcial: una reforma meramente técnica que reafirma su radical reordenación en sentido flexibilizador.
 4. La reforma de la nueva causa de despido objetivo por insuficiencia de financiación: la mejora técnica de una norma flexibilizadora.
- IV. Nuevas medidas jurídicas de política de fomento del empleo mediante la reforma del sistema de contratación laboral.
 1. La política de redistribución del empleo mediante el fomento de la jubilación parcial: el nuevo régimen del contrato de relevo.
 2. Otra reforma ambivalente en favor del empleo temporal: el personal investigador, científico y técnico al servicio de organismos públicos.
 3. Un sujeto inexcusable para una política de empleo al servicio del PLANIn: el embriionario estatuto jurídico de las empresas de inserción socio-profesional.
- V. Las novedades de la reforma en materia de política laboral.
 1. Un «hito» en el proceso de reformas del Estatuto: la reordenación más «clarificadora» que garantista del régimen de la sucesión de empresa.
 2. Una nueva pieza del «derecho a la conciliación» de la vida familiar y laboral: la regulación de permisos parentales por nacimientos prematuros.

I. INTRODUCCIÓN

Con algunas novedades respecto del ya derogado RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, pero que no modifican sustancialmente ni nuestro derecho del empleo ni mucho menos nuestro ordenamiento jurídico laboral, al menos como este último resulta visto desde una perspectiva integral del sistema de fuentes, el Parlamento ha elaborado la Ley 12/2001, de 9 de julio, del mismo nombre y análogas pretensiones que aquél. La entrada en vigor de esta nueva Ley, que combina elementos típicos de políticas activas de empleo con otros de auténtica política laboral, se produjo el pasado 11 de julio, si bien no en su integridad, por cuanto la disposición final 2.^a 2 contiene una cláusula de aplazamiento de la vigencia de la regulación del «novedoso» contrato de inserción previsto en la letra d) del artículo 15.1 LET, que ha recibido al mismo tiempo una nueva redacción que varía en parte la elaborada por el RD-Ley 5/2001.

La pretensión del trabajo que ahora se presenta es ofrecer un comentario analítico y sistemático de todas y cada una de las modificaciones aportadas por el nuevo texto legislativo respecto del que trae origen. De esta manera, se intenta completar el estudio realizado hace unos meses con motivo de la aprobación del RD-Ley, al que naturalmente se remite para una reflexión pormenorizada de los principales problemas aplicativos suscitados por esta polémica norma de reforma con la que se abría la primera fase del nuevo proceso de Reforma del Mercado de Trabajo ¹.

Como ya se hizo al analizar esta primera entrega por capítulos de la nueva reforma laboral, el comentario no se limita a exponer ordenadamente las novedades y resaltar sus principales problemas aplicativos, en el marco del tratamiento jurisprudencial y convencional que estas cuestiones habían recibido previamente, sino que también se ofrece una visión jurídico-crítica de la reforma, sacando a la luz sus principales «puntos críticos». La complitud o el carácter omnicompreensivo que buscamos dar a este comentario no tiene más excepción que las disposicio-

¹ Vid. C. MOLINA NAVARRETE-M. GARCÍA GIMÉNEZ. «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Núm. 217. 2001.

nes relativas a las medidas de incentivación económica integradas en el programa de fomento del empleo para el año 2001, no sólo por la menor entidad de los cambios que presenta, aunque algunos no desdeñables, sino sobre todo porque ya fue descartado anteriormente y, sin duda, será objeto de un análisis renovado o remozado en estas mismas páginas, por lo que a él reenviamos en este momento ².

II. UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LA REFORMA: EL CUADRO GLOBAL DE LAS «NOVEDADES» QUE PRESENTA LA LEY 12/2001, DE 9 DE JULIO

Antes de comenzar a asumir el compromiso aquí asumido en orden a ofrecer un comentario detallado y detenido, aunque no exhaustivo, de los cambios que incorpora la Ley 12/2001, quizás convenga suministrar una perspectiva de conjunto, una visión panorámica, de estas novedades, al objeto de adquirir de inmediato una imagen aproximada del sentido y alcance efectivos de esta norma de reforma parcial de un mayor número de Leyes Laborales de las afectadas por el RD-Ley. A fin de proporcionar esta caracterización general se seguirá una técnica análoga a la utilizada en el comentario del RD-Ley, especialmente útil para explicar y comprender la extensión, pero también los límites, de la reforma. Nos referimos concretamente a ordenar todas las modificaciones en torno a tres líneas que, a nuestro juicio, orientan o inspiran este nuevo capítulo de reformas, y cuya transparencia suministra útiles guías para el intérprete y, en general, para el operador jurídico. Esta triple caracterización la extraemos por comparación de los contenidos normativos de la nueva Ley respecto de su precedente.

Así, cuando realizamos el primer estudio de esta fase de reformas laborales concluíamos, tras un pormenorizado análisis de las diferentes reglas en materia de contratación introducidas por el RD-Ley, con dos críticas. Una de forma, no tanto por la falta de consenso con los interlocutores sociales sino por la ausencia de un suficiente, incluso mínimo, debate parlamentario, lo que la nueva Ley ha intentado suplir, si bien el procedimiento elegido no haya sido el más conveniente, ni los resultados obtenidos respondan suficientemente a las mayores expectativas creadas por el proceso de tramitación. Otra, la más significativa, de fondo, en virtud de la cual evidenciábamos una importante contradicción, pues más allá de su autoproclamada voluntad de incrementar el empleo estable y reducir las «intolerables» cifras de temporalidad, en realidad, entendimos firmemente acreditado que los aspectos más novedosos de la reforma *incrementaban*

² Además del muy cuidado estudio de J. A. PANIZO ROBLES en esta misma Revista. «El Programa de fomento del empleo para el año 2001 (Comentarios de urgencia...)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Núm. 217, merece la pena conocer el comentario de R. ESCUDERO. «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001». *RL*. Núm. 10. 2001, págs. 144 y ss. Entre las modificaciones más relevantes cabe hacer mínima referencia a la regulación de las empresas de promoción e inserción laboral; eliminación de la confusa y conflictiva norma sobre la, sin duda incorrecta, calificación de estas ayudas como *de minimis*; ampliación de las bonificaciones de cuotas sociales a situaciones de riesgos durante el embarazo; se deroga la letra c) del artículo 2 del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, a tenor de la cual los beneficios previstos en esta norma no serían aplicables a los contratos de puesta a disposición.

*los cauces para la contratación temporal y desestabilizaba la posición contractual del trabajador en ciertas modalidades, como el contrato de trabajo a tiempo parcial, aumentando la flexibilidad de gestión*³.

Por lo tanto, las deficiencias de regulación de este primer episodio de la nueva serie de reformas del mercado de trabajo, evidenciadas tanto en el plano de política del derecho del empleo (quebras del principio de estabilidad cuando se dice buscar la mejora de la calidad del empleo ya creado y a crear a partir de la reforma), cuanto de la técnica jurídica (introducción de reglas generadoras de fuerte indeterminación normativa, por tanto erosionadoras del principio de seguridad jurídica), hacía albergar algunas esperanzas en torno a un doble camino a seguir en la siguiente entrega. Así, una eventual reforma coherente, tramitada con un mínimo proceso reflexivo en sede parlamentaria, debería haber seguido una doble vía de actuación⁴:

- 1.^a *Integrar las lagunas* u omisiones que presentaba el RD-Ley para afrontar de forma adecuada los diferentes factores que inciden en el mantenimiento, incluso en el crecimiento, de tal elevadas tasas de temporalidad, muy superiores a la media comunitaria.
- 2.^a *Corregir los defectos* de técnica legislativa, y también de política jurídica, que incluye aquella norma en orden a realizar los objetivos que dice buscar, pues en ocasiones tales carencias se revelaban como claramente contraproducentes.

En efecto, no obstante ser una auténtica «asignatura pendiente» de nuestra política de empleo mediante el fomento de determinadas formas de acceso al mundo del trabajo, reconocida por el Gobierno e interlocutores sociales, y a pesar del enorme bagaje de experiencias y consensos acumulados en los últimos cinco años para superarla, el problema de la temporalidad sigue sin contar con una solución legislativa y convencional adecuada. La ineficacia, por insuficientes, de las medidas adoptadas hasta el momento, incluido el RD-Ley 5/2001, y la inefectividad, por incumplidas, de las normas puestas para combatirla y en favor de la estabilidad hacían albergar, como se decía, fundadas esperanzas en una pronta y adecuada política de corrección de esta grave y perjudicial carencia, *integrando tanto las lagunas como los «silencios elocuentes»* del RD-Ley en este punto⁵.

³ Vid. C. MOLINA-M. GARCÍA. «Contratación laboral y política de empleo...». *Op. cit.* pág. 60, hasta constatar incluso la promoción de «regresiones conceptuales y normativas difícilmente justificables hoy...». Aceptan esta visión R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 104, con remisión expresa a nuestro trabajo, y pág. 152; y S. RODRÍGUEZ-ESCANCIANO. «El principio de estabilidad en el empleo. Avances y retrocesos tras la promulgación...». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Núm. 220, pág. 39, quien recoge asimismo, y de forma literal, esta crítica.

⁴ El augurio de nuevas reformas para hacer frente de forma adecuada y eficaz a estos objetivos de lucha contra la temporalidad «no estructural» y en favor de la estabilidad «estructural», en un contexto que ha sido calificado como de «agónica vía española» pro estabilidad, aparece también en R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 103.

⁵ Vid. C. MOLINA-M. GARCÍA. *Op. loc. cit.* También R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 104, quien hace un breve repaso por algunas de las principales medidas que podía, y debían, haberse afrontado, como se ha puesto de relieve en las Enmiendas, de totalidad y parciales, presentadas en el proceso de tramitación parlamentaria. Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 37-6, 27 de abril de 2001, y publicaciones sucesivas.

Pero no es la *lucha antifraude* (art. 6.4 C.c.) o contra el *ejercicio antisocial* (art. 7.2 C.c.), tanto en el ámbito o sector privado cuanto en el sector público de la contratación laboral, respecto al cual incluso amplía directamente las posibilidades de empleo temporal, ya por vías directas o indirectas, la única carencia de esta reforma en el ámbito de la política de empleo, pese al ambicioso título que ha presidido y justifica su realización. También el objetivo del *reparto del empleo*, a través de la puesta en marcha de diversas fórmulas ya experimentadas en otros países europeos, incluso en sector de empleo público propio de diferentes CC.AA., de reducción del tiempo de trabajo para incrementar las tasas de empleo, objetivo expresamente enunciado por las normas de reforma, ha quedado en gran medida ajeno a esta fase de reforma, agotada a este respecto en puras medidas de flexibilización de la gestión del tiempo de trabajo a través del reforzamiento del poder empresarial en la ordenación de los contratos a tiempo parcial ⁶.

Por otra parte, en este mismo contexto de políticas que conectan estrechamente la ordenación jurídica del empleo con la ordenación jurídica de la protección social, se echa de menos una política global y coherente de *lucha contra la exclusión social* mediante una política que haga efectivo el *derecho a la inserción por la actividad económica*. Ciertamente, algunas piezas del *puzzle* o de este inmenso ensamblaje de políticas públicas de acción social y de políticas contractuales y de mercado (de trabajo) ya han hecho acto de presencia en nuestro ordenamiento y en nuestra práctica, más allá de las tradicionales rentas mínimas de inserción de origen autonómico ⁷. Sin embargo, falta mucho camino por recorrer para tener un diseño eficaz de esta política social clave en el más reciente debate redefinidor del modelo social europeo, a comenzar, en el ámbito del trabajo, por la ausencia de una regulación precisa de las denominadas *empresas de inserción social*, auténtica laguna de nuestro ordenamiento que contrasta con una creciente experiencia práctica que conoce el desarrollo de varios centenares de ejemplos, emergentes bajo las más diversas formas organizativas, de este tipo de empresas en todo el país.

Finalmente, en este precipitado y muy incompleto, pero intencionadamente selectivo en el marco de análisis de la Ley 12/2001, repaso a algunas de las más relevantes omisiones de la reforma a efectos de realizar eficazmente los objetivos que dice perseguir en el marco de la política activa de empleo, breve mención cabe realizar a la que parecía ser una inversión de tendencia respecto de las últimas reformas: el fomento de la intervención de la autonomía colectiva. A este respecto, se ha creído ver un cierto intento de postergar a la negociación colectiva en la definición y puesta en prác-

⁶ La reducción del tiempo de trabajo como pilar de una política de empleo no precarizadora sino de calidad conoce hoy, como se sabe, algunas significativas experiencias. Para Francia, *vid.* A. LYON-CAËN. «Reducción el tiempo de trabajo en Francia...». *RL*. Núm. 12.1999; para Italia, *vid.* G. SANTORO-PASSARELLI. «Orario di lavoro: il disengo di legge sulle 35 ore». *Il Dir. Lav.* Núm. 3.1998.

⁷ Las múltiples referencias del RD-Ley 5/2001, a los excluidos sociales no sólo en el marco de programas de fomento de empleo para el año 2001, sino como sujetos beneficiarios de algunas de las modalidades contractuales que redefine, así como a la inserción como objeto típico de un «nuevo», aunque sólo en el plano legal no en el reglamentario, contrato temporal son clara expresión de este afloramiento de la política de lucha contra la exclusión social en la más reciente intervención del Estado en el mercado. Ciertas reflexiones en C. MOLINA-G. GIMÉNEZ. «Contratación laboral...». *Op. cit.* págs. 25 y ss., *vid.* para la centralidad de este objetivo en el actual marco de renovación de la política social comunitaria... Sobre los fundamentos normativos de este derecho J. L. MONEREO PÉREZ-C. MOLINA. *El derecho a las rentas de inserción*. Comares. Granada. 1999.

tica de las medidas adoptadas por el Gobierno, hasta el punto de detectar varias señales indicativas de un riesgo incrementado de «debilitamiento progresivo» del conjunto de la negociación colectiva⁸.

Pues bien, a nuestro juicio, aquellos dos objetivos –y exigencias–, la integración de omisiones injustificables y la corrección de deficiencias inaceptables, está presente en algunas de las modificaciones aportadas por la Ley 12/2001, por lo que en ellos podrían encontrar su explicación e, incluso, su justificación. Sin embargo, y para no dejarnos llevar por engaños o espejismos, conviene apreciar desde este preciso momento que estas pretensiones se han realizado con muy escasa fortuna, técnica y política, pues no sólo no agota las posibilidades abiertas, algunas de ellas aparecidas en el proceso de tramitación parlamentaria, sino que ni tan siquiera explora mínimamente algunas de las más significativas. Una Ley no ha de enjuiciarse críticamente sólo por lo que hace (juicio de corrección) sino también por lo que no hace (juicio de eficacia), en particular cuando lo omitido puede ser más relevante para cumplir los objetivos que dice asumir que lo realizado (juicio de ineffectividad).

No ha servido, pues, como veremos a lo largo del comentario, el debate parlamentario para proceder a una efectiva y eficaz reordenación de las medidas de política activa de empleo con vistas a mejorar su calidad. Sí ha servido este debate, en cambio, para incorporar otras reformas que no tuvieron presencia alguna en el RD-Ley 5/2001, algunas de las cuales, posiblemente las más significativas, se desvinculan claramente de la típica política de empleo, ámbito en el que sin duda se enmarca esta norma de rango legal, para conectarse con instituciones típicamente laborales, como son la transmisión de empresa (art. 44 LET) o las instituciones de protección de intereses familiares (arts. 37 y 48 LET). Aparece, de esta manera, una tercera lógica o razón de ser de la reforma: *la acomodación o adaptación* de nuestros textos legislativos a las exigencias de la realidad socio-laboral y a los compromisos internacionales de nuestro país, en particular con la Unión Europea.

En definitiva, a la luz de las consideraciones efectuadas, el cuadro de reformas legislativas resultante de un análisis comparado entre el RD-Ley 5/2001 y la Ley 12/2001 es el siguiente⁹:

1.º Reformas de Integración de Lagunas.

A este propósito, sin embargo, como ya hemos advertido, la Ley 12/2001 sigue adoleciendo prácticamente de los mismos defectos que el RD-Ley 5/2001, limitándose tan sólo a introducir:

⁸ Vid. R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 106. Sin perjuicio de la mayor o menor acomodación de este juicio crítico al propósito real del legislador y, más importante, al efectivo funcionamiento práctico del sistema, lo que sí es cierto es que la autonomía colectiva no ha resultado reforzada tras la entrada en vigor del RD-Ley 5/2001, en parte por el propio procedimiento de elaboración, en parte por lagunas o deficiencias técnicas de redacción y en parte por la implícita remisión a la segunda fase de reformas del mercado y del sistema de relaciones laborales que entonces apenas se iniciaba, aunque hoy en su tramo final.

⁹ Aunque algunas de estas reformas presentan elementos propios de dos o más lógicas reguladoras, y si es cierto que algunas de ellas presentan aspectos que dificultan su encuadramiento en estas tres líneas orientadoras, hemos preferido enfatizar el factor que a nuestro juicio es más relevante en orden a ofrecer una imagen más sencilla y asequible de cuestiones que, en ocasiones, proporcionan datos de no lineal lectura. Esos matices, incluso contradicciones, se revelarán en el comentario específico.

- a) En el marco de la política de lucha contra el abuso de la contratación temporal, se incorpora una tímida medida desincentivadora de los contratos temporales de duración muy reducida o marginal: incremento en un 36 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en contratos de duración inferior a siete días, con exclusión de los contratos de interinidad (*vid.* disp. adic. 6.^a Ley).
- b) En el contexto de una política de reparto del empleo mediante la renovación de las instituciones de Seguridad Social, se introduce una nueva regulación del contrato a tiempo parcial por jubilación parcial, y del contrato de relevo, en orden a promover su utilización (nueva redacción del art. 12.6 LET). Esta reforma es una aplicación del reciente Acuerdo Social sobre Mejora de la Protección Social.
- c) Para contribuir a una política más eficaz de fomento de la incorporación de personal investigador al sistema español de ciencia y tecnología, así como de mejorar su estabilidad, se introduce una nueva regulación de las modalidades de contrato de trabajo previstas en el artículo 17 Ley 13/1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Tecnológica (disp. adic. 7.^a Ley 12/2001). Una vez más la redacción normativa evidenciará unos efectos mucho más ambivalentes, con la consiguiente desnaturalización o desvirtuación de los objetivos proclamados.
- d) Con el objetivo de garantizar la continuidad de las precedentes reglas de juego en orden al reparto de competencias entre autonomía colectiva y Ley, se introducen distintas reformas que, a nuestro juicio, se dirigen a diluir aquel riesgo evidenciado de desplazamiento de la negociación colectiva en la práctica de contratación. Entre estas cláusulas de reforzamiento del papel de la autonomía colectiva en este ámbito de gestión destaca la reintroducción de la posibilidad concedida a los convenios, principalmente desde la reforma de 1997, de «establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos» (nuevo apartado segundo del art. 15.7 LET).
- e) En un contexto de profundización de las políticas de lucha contra la exclusión social por la inserción profesional, el reforzamiento de las medidas institucionales, económicas y, sobre todo, contractuales en favor de convertir a los colectivos en situación, o con riesgo, de exclusión social en destinatarios de las políticas de empleo, se completa con una primera regulación estatal de las denominadas «empresas de inserción laboral» (disp. adic. 9.^a). Lo limitado de este régimen, frente a la mayor extensión e intensidad reguladora de la prometedora pero nonnata Ley de Exclusión Social.
- f) En el ámbito del Derecho Social Sancionador, y con vistas a reforzar el carácter vinculante de las nuevas obligaciones introducidas a cargo del empresario, se procede a la modificación del reciente RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el TRLISOS (*vid.* Capítulo IV Ley 12/2001). La constitución de una relación jurídico-administrativa de tutela sancionadora paralela a la introducción de nuevas reglas sustantivas representa una opción técnica y de política legislativa habitual, olvidada sin embargo por el RD-Ley 5/2001.

2.º Reformas de Corrección de Deficiencias.

La clara opción de política del derecho expresada por el RD-Ley en favor de otorgar preferencia a la creación de empleo, aunque sea en condiciones precarias, sobre la perpetuación de importantes «bolsas de parados», sin cobertura prestacional alguna, e incluso de «desempleados», con alguna cobertura económica, según una típica lógica de la política tradicional de empleo, llevó a introducir reformas que, paradójicamente, fomentaban efectos disfuncionales o contraproducentes en una política que se pretendía orientada a reducir la temporalidad. De ahí, la necesidad urgente de introducir correctivos importantes, tal y como se ha señalado, tanto técnicos (reglas de mejora de la redacción) como de política del derecho (reglas garantistas que reduzcan los efectos de las reglas flexibilizadoras).

A tal fin, sin embargo, la Ley 12/2001 se ha limitado únicamente a incorporar las siguientes mejoras técnicas de redacción:

a) En el nuevo *régimen del contrato de formación* se añaden algunas precisiones en orden a clarificar las condiciones exigidas a los beneficiarios potenciales de este contrato, en particular respecto de aquellos para los que no se tiene en cuenta el límite de edad. Todas ellas tienen en común el perseguir un reforzamiento del factor formativo respecto del factor inserción ocupacional, privilegiado en el RD-Ley 5/2001. Así, se proporcionan criterios para clarificar las condiciones de contratación de ciertos colectivos, en particular de los:

- Trabajadores desempleados extranjeros [nueva redacción del art. 11.2 a) LET].
- Desempleados en situación de exclusión social (nueva disp. adic. 15.ª LET, introducida por la disp. adic. 4.ª Ley 12/2001).

b) *Contrato de inserción* [nueva redacción art. 15.1 d) LET]. Es sin duda la modalidad contractual más afectada por la reforma, y por lo general se pretende clarificar un régimen jurídico particularmente confuso e incierto en la redacción dada por el RD-Ley 5/2001, que dio cobertura legal por vez primera a una modalidad sólo reconocida en vía reglamentaria. Estas modificaciones son:

- Al margen de la precisión, innecesaria sin duda, del carácter temporal de este contrato, en el plano terminológico la nueva redacción precisa el carácter de desempleado inscrito en la oficina de empleo del sujeto beneficiario de este contrato.
- Clarifica el ámbito potencial de empleadores que pueden acudir a esta modalidad, al extenderlo a «entidades sin ánimo de lucro».
- Limita la operatividad de este contrato al estricto ámbito definido por los «programas públicos que se determinen reglamentariamente» (definidos en la nueva disp. adic. 16.ª LET, introducida por la disp. adic. 5.ª Ley 12/2001).

- Concreta los supuestos en los que el trabajador no podrá repetir su participación en estos contratos, condicionando tal posibilidad de reincidencia cuando la contratación bajo esta modalidad se haya realizado «por un período superior a nueve meses en los últimos tres años».
 - Se determina de forma más precisa, aunque no exenta de ambigüedades, el importantísimo tema relativo a la retribución a percibir.
- c) *Contratos de duración determinada «estructurales»*. Sin duda fueron los grandes olvidados de la primera versión de esta reforma, en particular el contrato de obra o servicio determinado y el eventual, sea en su modalidad directa (art. 15) sea en su modalidad indirecta (ETTs), y siguen siendo los grandes marginados de esta nueva versión, con lo que ello significa de oportunidad perdida para incidir en uno de los factores más incisivos en las altas tasas de temporalidad y rotación, como prueba el que sigan constituyendo el 90 por 100 de los contratos concluidos. Como «novedades» que pretenden introducir una mínima mejora técnica de su redacción sólo cabe recoger:
- La apertura que realiza a todos los ámbitos de negociación colectiva, sin más precisión y en pie de igualdad, para establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización de la contratación temporal de los sucesivos contratos de duración determinada (nuevo art. 15.5, párrafo 1).
 - En relación a la extinción de contratos de duración determinada, suprime la referencia a la negociación colectiva como fuente para fijar la indemnización, lo que no supone un debilitamiento de la misma sino el reconocimiento de su carácter de mínimo inderogable. Una calificación que no perjudica en absoluto ni las posibilidades de mejora abiertas a la negociación colectiva ni, como es obvio, la aplicación preferente de la normativa especial, que establece indemnizaciones mayores en determinados supuestos (principio de especialidad) [nuevo art. 49.1 c) LET].
- d) *Contratos fijos discontinuos, ex artículo 15.8 LET*: son incluidos en el ámbito de aplicación de las reglas fijadas por la disposición adicional 7.ª 2 LGSS (relativa a las normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial para determinar la base de cotización), mediante una nueva redacción de la misma (disp. adic. 10.ª Ley 12/2001).

Entre las reformas que hemos convenido en incluir dentro de las denominadas *correcciones de política del derecho, en favor de una opción parcialmente más garantista*, cabría citar:

- a) *Contrato a tiempo parcial*. Se introduce un reducido catálogo de causas que legitiman la renuncia del trabajador al pacto de horas complementarias, con lo que se otorga un mayor margen de disposición [nueva letra g) del art. 12.5, párrafo segundo LET].

b) *Despido objetivo en las AA.PP.* No puede dudarse de que entre los objetivos perseguidos por el RD-Ley 5/2001 estaba el apuntalamiento, ahora en vía legislativa, del ámbito de especialización creado en torno a la contratación laboral por las AA.PP., en gran medida producto de criticables opciones de política judicial del derecho y que se ha traducido en el aumento de la flexibilidad del régimen de este tipo de trabajadores. Entre las manifestaciones más relevantes, junto al contrato de inserción, estaba la inclusión de una nueva causa de despido objetivo por causa económica [letra e) del art. 52 LET]. La Ley 12/2001, en un contexto de revisión parcial, aunque no exenta de contradicciones, de esta política singularizadora de la relación laboral en las AA.PP., ha modificado la redacción del artículo 52 e) LET introduciendo algunas precisiones que, sin perjuicio de admitir una lectura en términos de corrección técnica, revela una cierta revisión de política legislativa, en cuanto que expresa una opción favorable a la aplicación de ciertas reglas del Derecho común, al menos en lo relativo a los despidos colectivos. Así:

- Precisa o aclara que los contratos referidos son tan sólo los «concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro», y no aquellos resultantes de las diversas formas o modalidades de gestión indirecta y de exteriorización de tareas o programas públicos.
- Introduce un nuevo párrafo para remitir al artículo 51.1 LET la forma de realizar estos despidos «cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior» al establecido en este precepto estatutario.

c) *Contrato de inserción:* se establece el aplazamiento de la entrada en vigor de la regulación del contrato de inserción, remitida ahora al 1 de enero de 2002.

d) *Contrato de trabajo con ETT.* Se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, añadiendo un número 3 al artículo 10, que regula la posibilidad de que se formalice un solo contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos estén plenamente determinados y respondan a un supuesto de contratación eventual¹⁰.

3.º *Reformas de Acomodación o Adaptación* de las instituciones laborales a las nuevas exigencias de la realidad o a los imperativos comunitarios (reformas de política laboral).

No obstante esta inicial apariencia de reformas innovadoras de nuestro ordenamiento laboral, al margen de las estrictas políticas activas de empleo un estudio detenido revelará que, en buena parte, resultan más reformas aclaratorias de una situación jurídica o estado de la cuestión ya decantado en la práctica que realmente innovadoras de la regulación. En este grupo hay que encuadrar:

¹⁰ Lo que, en contrario, puede implicar una cierta política de favor hacia esta contratación, a juzar por la derogación de la letra c) del artículo 2 del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, a tenor de la cual los beneficios previstos en esta norma no serían aplicables a los contratos de puesta a disposición.

- a) *La reforma del régimen de la transmisión de empresa* (nueva redacción del art. 44 LET). Aunque quizá pueda entenderse que no hace sino proseguir el camino iniciado con la reforma del artículo 42, en el mismo marco de ampliación de las garantías de transparencia informativa por cambio de empresario, el alcance de esta reforma es mucho mayor que la insulsa y a todas luces limitadísima reforma de aquel precepto, probablemente el último que se resiste a experimentar una significativa reforma desde su versión originaria en 1980. La razón o excusa de esta reforma ha sido la adaptación de nuestro ordenamiento a la Directiva 98/50/CE, ahora, por cierto, derogada.
- b) *La regulación de los permisos por maternidad o paternidad en los supuestos excepcionales de nacimiento de hijos prematuros* o que requieran hospitalización tras el parto (*vid. disp. adic. 8.ª* que añade un apartado 4 bis al art. 37 LET y un nuevo párrafo tercero al art. 48.4 –y art. 30 LRFP–). Aunque algunas de estas medidas se presentan a sí mismas con un alcance puramente clarificador del régimen precedente, otras suponen una profundización en la política de conciliación de la vida familiar y laboral impulsada por la Ley 39/1999.

Aunque trataremos de analizar con cierto detalle todas estas reformas, trataremos con más detenimiento este último bloque de reformas, por cuanto presenta mayores aspectos de novedad, remitiendo para las otras, por lo general, a lo analizado en el anterior comentario. En éste ya apuntábamos el sentido de algunos de los cambios, al evidenciar los problemas que suscitaba la anterior redacción, ahora corregida. Al objeto de que el lector pueda identificar mejor las reformas seguiremos una exposición de las mismas atendiendo a las instituciones jurídico-laborales a las que afecta, por lo que no nos ceñiremos estrictamente a la sistemática interna de la Ley 12/2001, bastante deficitaria por cierto.

III. LA VERSIÓN MODIFICADA POR LA LEY 12/2001 DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTRODUCIDAS POR EL RD-LEY 5/2001

1. El nuevo régimen jurídico-laboral de los contratos de inserción ocupacional.

1.1. El contrato de inserción para la formación: el enésimo intento de primar la dimensión formativa sobre la ocupacional.

Una de las reformas más criticables, y criticadas, del RD-Ley 5/2001 ha sido la incomprensible desvirtuación del contrato para la formación *ex* artículo 11.2 LET que ha supuesto el primar, una vez más, su dimensión de contrato de inserción de determinados colectivos en el mercado de trabajo sobre la vertiente formativa, lo que ha propiciado una auténtica regresión o involución conceptual y legislativa de esta siempre conflictiva, pero útil, modalidad contractual. Ciertamente, podría pensarse que más que ante una nueva «desnaturalización» o «descausaliza-

ción» de este contrato estamos, en realidad, ante la expresión de una evolución del mismo, en atención a la actual comprensión de la formación profesional, típica del Derecho Comunitario, como instrumento de política activa de empleo en favor tanto de los jóvenes, ya para facilitar su primer empleo ya para darle una nueva oportunidad ocupacional (derecho a la inserción), cuanto de los adultos, al objeto de permitir o facilitar su reintegración en el mercado de trabajo (derecho a la reinserción) ¹¹.

Sin poder entrar ahora en un análisis detenido de tan interesante cuestión, aunque más en el plano conceptual que práctico, conviene recordar que la política comunitaria condiciona los objetivos a perseguir pero no las medidas y, mucho menos, las técnicas contractuales a utilizar para hacer efectivo el fin perseguido, ofrecer nuevas oportunidades de empleo a todos los desempleados de larga duración, jóvenes o adultos. A tal fin, nuestro ordenamiento, antes y después de las reformas de 2001, contiene diversos instrumentos para llevar a cabo este compromiso comunitario ineludible sin forzar o desvirtuar las modalidades de contratación temporal con causa formativa (art. 11 LET), e incluso aquellas habilitadas para formalizar una contratación con causa temporal estructural (art. 15 LET). En todo caso, lo que puede decirse con certeza, a la luz de estos permanentes vaivenes entre la vertiente netamente educativa o formativa (política de formación profesional) y la dimensión ocupacional (política de inserción por el empleo) es que el legislador se muestra impotente para encontrar un equilibrio, razonable y suficientemente estable, entre ambos elementos caracterizadores del contrato para la formación ¹².

Junto a esta más que posible deformación contractual se planteaban algunos otros problemas de falta de precisión normativa. Así sucede respecto del objeto, en particular en relación a la nueva modalidad contractual correspondiente al «contrato de inserción» *ex* artículo 15.1 d) LET, cuanto, sobre todo, del ámbito de sujetos potencialmente titulares de un contrato de este tipo. La extraordinaria amplitud con que se delimitaba en la versión originaria, convirtiendo en norma lo que antes aparecía como una excepción, la irrelevancia de la edad del trabajador para acceder a esta modalidad contractual, constituye un dato que hace pensar, ayer como hoy, que nos encontramos ante un contrato ideado más en términos de garantía de empleabilidad u ocupabilidad por el acceso a un sistema de formación en alternancia típico de las políticas activas de empleo que, según hacían pensar las últimas reformas a partir de 1997, de garantía de profesionalización de un trabajador nada o poco cualificado para el desempeño de tareas que requieren un cierto grado de competencia.

Con el propósito de paliar algunas de estas notorias deficiencias la Ley 12/2001 ha introducido básicamente tres reformas [nueva letra a) del art. 11.2 LET y nueva disp. adic. 15.^a LET]. A saber:

¹¹ *Vid.* Directrices comunitarias para la política coordinada de empleo desde 1997, plasmadas en los sucesivos Planes Nacionales de Acción para el Empleo (en adelante, *PlaNAEm*).

¹² *Vid.* C. MOLINA-M. GARCÍA. «Contratación laboral...». *Op. cit.* págs. 16 y ss. Acepta esta visión crítica R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 108.

a) Una primera de alcance puramente terminológico.

Mientras que la versión derogada refería a los distintos colectivos de beneficiarios con la expresión «*trabajadores incluidos...*», la nueva versión los agrupa bajo la expresión, sin duda más correcta técnicamente, «*desempleados incluidos en alguno...*». El cambio no tiene consecuencia alguna porque en la enumeración de los colectivos que realizaba la versión anterior se les designaba con el término «desempleados», esto es, personas que pudiendo y queriendo trabajar no encuentran una ocupación retribuida, al margen de que estén o no cubiertos por la prestación económica. Nada revela el término, sin embargo, de la necesidad de estar inscritos en el INEM –o Servicio Público de Empleo autonómico–, lo que no deja de plantear problemas no aclarados por la versión reformada en orden a medir el tiempo de inactividad cuando se requiere un determinado período para estar incluido en un colectivo beneficiario del contrato, tal y como sucede en el tercer colectivo listado en el artículo 11.2 a) LET¹³.

b) Una regla clarificadora de las condiciones de cualificación que han de reunir los trabajadores extranjeros para ser beneficiarios o titulares de este contrato.

Una de las razones que más ha influido en las merecidas críticas que ha recibido este punto de la reforma ha sido, sin ningún género de dudas, el tratamiento dado al colectivo de trabajadores extranjeros desempleados, beneficiarios del mismo durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo al margen de cualquier límite de edad y condición profesional. Lo que aparentemente se presentaba como una primera expresión del nuevo objetivo de la política migratoria gubernamental de hacer concesiones al objetivo de la integración social, más allá de la tradicional lógica de control policial presente en esta política y recogida en la Ley Orgánica de Extranjería de Integración Social, en particular en la versión reformada actualmente vigente, tras una lectura atenta, aparecía realmente como una *vía atípica de regularización o normalización de ciertos sectores de economía sumergida*.

Aunque una interpretación sistemática y teleológica de la versión ahora modificada podría llevar, sin mucho esfuerzo interpretativo y descartando todo voluntarismo hermenéutico, a los mismos resultados formalmente alcanzados por la versión reformada, que carece de verdadera trascendencia reguladora, ha de saludarse positivamente la precisión ahora introducida –igualmente aplicable para todos los colectivos, en particular para parados de larga duración y participantes en programas de Talleres de Empleo, aunque nada se diga expresamente–. En este sentido, concretando la regla general resultante *a sensu contrario* y por razones de lógica jurídica, la nueva versión precisa la exclusión del ámbito subjetivo de este contrato en aquellos casos en los que los trabajadores extranjeros «acrediten la formación y experiencia necesarias para el de-

¹³ Los desempleados que «llevan más de tres años sin actividad laboral». En este colectivo se incluirán presumiblemente mujeres de cierta edad y jóvenes que hayan retrasado, por diferentes razones, su incorporación a la búsqueda de empleo, siempre y cuando no se trate de jóvenes con estudios que les permitan realizar un trabajo mínimamente cualificado.

sempañero del puesto de trabajo». El juicio positivo que esta regla merece no puede llevar a creer que de esta manera todos los problemas están resueltos, olvidando no sólo las dificultades prácticas para hacer efectivas estas exigencias con carácter general, sino la especial vulnerabilidad de este colectivo, nada propenso a la protesta y reivindicación frente a su empresario por el temor a caer en una situación de irregularidad y, por tanto, de expulsión.

- c) Fijación de criterios para determinar las situaciones de exclusión social que dan acceso al contrato de inserción para la formación, integrando una laguna presente en la redacción derogada (nueva disp. adic. 15.ª LET).

Aunque la concreción de los criterios para delimitar estas situaciones de acceso al contrato para la formación corrige una deficiencia técnica de la versión precedente, no es este aspecto de la reforma el más significativo. La nueva disposición adicional 15.ª LET, en su apartado 1, carece de originalidad, al reproducir los criterios previstos ya en el marco de las políticas de fomento de empleo para el año 2001, que remite a la acreditación de los servicios sociales competentes –autonómicos y municipales– y a la inclusión en alguno de los cinco colectivos que delimita (art. 4.1.3 RD-Ley 5/2001 y Ley 12/2001). Ciertamente, lo más llamativo de la reforma es la inclusión de un apartado segundo que, en la práctica, viene a neutralizar completamente la mejora en términos de seguridad jurídica aportada por el apartado 1, en cuanto que deja al arbitrio del Gobierno esta determinación del ámbito subjetivo, pues se le habilita para «modificar la consideración de la situación de exclusión social... en atención a la situación y política de empleo de cada momento»¹⁴.

1.2. El contrato de inserción por trabajos de utilidad o interés social: aplazamiento de la vigencia de un contrato legalmente indeterminado.

Cuando sintetizamos las reformas de esta novedosa modalidad contractual, si bien mucho más aparente que real, advertíamos que se trata de uno de los puntos más afectados por la reforma. Pues bien, aunque las variaciones de su redacción expresan un indudable esfuerzo clarificador del régimen de este contrato, lo cierto es que sigue adoleciendo de una extremada indefinición legal, lo que contrasta gravemente con las más elementales exigencias del principio de causalidad, inherente al objetivo de estabilidad del empleo (empleo de calidad) que se afirma perseguir. Pero lo que es peor, la reforma evidencia con claridad la renuncia *ad futurum* del legislador, auténtica renuncia abdicativa por tanto, a realizar el más mínimo esfuerzo de delimitación en el ámbito legal, a diferencia de lo que sucede, aún con deficiente redacción

¹⁴ El carácter de estabilidad que supone la fijación de estos criterios en una disposición legislativa, se torna de nuevo en provisionalidad y coyunturalidad, como sucede en los programas de empleo, cuando se remite a la potestad reglamentaria de cada momento. ¡Para este viaje no necesitábamos alforjas! Hubiese sido más sencillo incluir una cláusula de remisión en el artículo 11.2 a) LET a lo dispuesto a tal fin en los programas anuales de empleo.

técnica y pésima fortuna en la práctica, respecto de las otras modalidades del artículo 15 LET –incluso del nuevo contrato «formativo» ex art. 11.2 a) LET para los beneficiarios de los programas de talleres de empleo–¹⁵.

En realidad, como ya advertíamos al comentar el RD-Ley 5/2001, bajo una cubierta formal de nueva modalidad de contrato temporal, caracterizado por la utilidad social o interés general de la obra o servicio que se presta, no se esconde más que la pretensión de dar fundamento legislativo a una regulación puramente reglamentaria ya preexistente. De este modo, la reforma aclara que el objetivo del legislador es más simple y menos novedoso del que cabría esperar en una primera lectura del precepto estatutario, pues no se trataría nada más que de normalizar en el plano legislativo una práctica ampliamente extendida en nuestro país, en particular en zonas rurales y en aquellas más deprimidas, pero que encuentran una presencia generalizada en el seno de todas las AA.PP. Locales y Autonómicas. Nos referimos, claro está, a las diversas modalidades que asume hoy la vieja forma de acceso a una actividad retribuida denominada en otro tiempo «empleo comunitario», tan antiguo como deficiente pero cuya lógica en buena medida se mantiene, aunque remozada en virtud de la incorporación de algunas novedades propias de los contemporáneos programas de *workfare state* realizada por los nuevos desarrollos reglamentarios y experiencias prácticas¹⁶.

Esta regulación por remisión a la normativa reglamentaria en cada momento vigente explica buena parte de las precisiones o reglas de clarificación técnica incorporadas al precepto estatutario. Así sucede por ejemplo con (a) la exigencia expresa de inscripción en la correspondiente oficina de empleo –estatal o autonómica se entiende– a los sujetos potencialmente beneficiarios de esta modalidad de contrato de inserción, a diferencia de lo que ocurre en la modalidad formativa. Es claramente una norma de mejora técnica en la redacción sin que añada nada nuevo ni a la práctica habitual de estas formas de empleo socialmente protegido, pues la selección de estos

¹⁵ No creemos que pueda derivarse una conclusión más positiva a la vista del apartado 2 de la nueva disposición adicional 16.^a que, en términos análogos a los recogidos en la disposición adicional 15.^a 2 para los contratos formativos concertables con excluidos sociales, habilita (deslegaliza) al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales –ni tan siquiera ya al Gobierno– para «modificar el contenido de los programas previstos en el apartado anterior, establecer nuevos programas públicos de mejora de la ocupabilidad o **excepcionarlos** (**¡sic!**), a efectos de lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 15».

¹⁶ Contundente en este sentido la nueva disposición adicional 16.^a LET, que, al desarrollar para el futuro más inmediato la nueva regla legal de remisión al desarrollo reglamentario para determinar el objeto del contrato previsto en el artículo 15.1 d) LET, nos confirma la plena identificación de los programas de mejora de la ocupabilidad referidos en este precepto con los que actualmente se regulan en la OM de 19-12-1997 –BOE 30-12, corr. BOE 12-2-1998–, para un ámbito general de colaboración interadministrativa en materia de empleo y la OM de 26-10-1998 –BOE 21-11, corr. BOE 21-3-1999–, para el ámbito de colaboración con las Corporaciones Locales. Para la publicidad de las actividades y ocupaciones consideradas prioritarias para la aprobación de proyectos de interés general y social de la OM de 19-12-1997, *vid.* Resolución del INEM 15-9-2000 –BOE 3-11–; para la modificación del plazo de finalización de las resoluciones dictadas por el INEM en desarrollo de la OM de 26-10-1998, para el ejercicio 2000, *vid.* OM de 19-12-2000 –BOE 27-12–. Un análisis detenido de los múltiples problemas interpretativos que plantea esta figura, *vid.* C. MOLINA-M. GARCÍA GIMÉNEZ, «Contratación laboral...». *Op. cit.* págs. 25 y ss, donde, por cierto, se hacía referencia por error a la OM de 2-3-1994, reguladora de estos programas antes de la referida OM de 1997 y OM de 1998, siendo esta última la que la derogó formalmente.

trabajadores viene correspondiendo al INEM (ej., art. 6 OM de 19-12-1997; art. 5 OM de 26-10-1998), ni al sentido de la expresión utilizada en la anterior versión («demandante de empleo»). La misma lógica técnica cabe emplear para (b) comprender la aclaración que realiza respecto del ámbito potencial de empleadores que pueden acudir a esta modalidad, al extenderlo a «entidades sin ánimo de lucro» (art. 1 OM de 19-12-1997), quedando en todo caso descartadas las empresas –también las ETTs por supuesto–. Asimismo, la incorporación (c) de una cláusula de remisión a la potestad reglamentaria, que supone una casi total deslegalización del régimen jurídico de este contrato, no hace sino dejar en manos de la Administración Estatal la fijación de las condiciones de acceso a este tipo de empleos y sus condiciones de ejecución, con lo que se garantiza la misma flexibilidad de gestión de la que hasta el momento vienen disfrutando las AA.PP.¹⁷

Mayores dificultades para su encuadramiento y valoración encontramos en otra novedad que presenta la versión reformada, en la que se constata la pretensión del legislador de concretar con mayor precisión (d) los supuestos en los que se prohíbe la sucesión de contratos de este tipo con un mismo trabajador. A tal fin, se condiciona expresamente tal posibilidad de reiteración o renovación contractual bajo la misma modalidad, antes del transcurso de tres años de la última contratación, a un dato relativo a la duración del contrato originario, de modo que los trabajadores sí podrán repetir su participación en estos programas cuando hayan sido contratados por *un período no superior a nueve meses* en los últimos tres años¹⁸.

De este modo, sin llegar a introducir un auténtico período mínimo de contratación, como hubiese sido preferible en el plano técnico y de política pro estabilidad, pese a tratarse de un objeto contractual no sometido estrictamente a término, pues depende de la duración de la obra o servicio de interés general, la excepción prevista en la nueva redacción mejora algo la posición del trabajador sin perjudicar la finalidad protectora del empleo perseguida por este instrumento. Pues al tiempo que permite unas mínimas garantías de estabilidad (tutela individual), procura una im-

¹⁷ El éxito que conocen en tiempos recientes las distintas formas de empleo temporal por razones de interés social, además de expresar el creciente protagonismo de la dimensión territorial de la política de empleo, se conecta sin duda a su utilidad para servir de vía flexibilizadora de la rigidez derivada de los estrictos procedimientos fijados legalmente para acceder al empleo público, tanto en régimen funcional como en régimen laboral. La creciente demanda por parte de la población de actividades y servicios incluidos en los denominados «nuevos yacimientos de empleo» (vid. Preámbulo OM de 26-10-1998), y la preocupación por no incrementar el déficit público, son elementos que amplían notoriamente el riesgo de sustitución o desplazamiento de unas formas de empleo público, más estables y tuteladas, a veces en exceso, por otras, más coyunturales y precarias.

¹⁸ En la versión originaria se recordará que la prohibición de participar en sucesivos contratos de este tipo antes del transcurso de tres años se hacía de forma incondicionada, sin atender a la concreta duración del contrato de inserción originaria o primeramente concertado, por lo que no se distinguía entre contratos de reducida duración, frecuentes en la práctica (ej., una semana, varias semanas, un mes), y aquellos contratos algo menos coyunturales o transitorios –por lo general se requiere que la obra o servicio para el que se contrata a estos trabajadores se ejecute dentro del año presupuestario, si bien se admiten excepciones, con lo que la indeterminación es casi total–. Una regla prohibitiva que, no obstante su finalidad de tutela del empleo del mayor número posible de desempleados, aunque se trate de empleos temporales, por ser indiscriminada se revelaba perjudicial y discriminatoria para aquellos contratados por períodos muy reducidos.

portante tasa de rotación de desempleados que pueden acceder, antes a través de diversas modalidades o formas contractuales en breve mediante la forma del contrato de inserción, a un empleo socialmente protegido ¹⁹.

Un comentario más detenido merecen, sin duda, (*e*) las nuevas precisiones que se realizan respecto del vital tema de la retribución correspondiente a este tipo de trabajadores. A tal efecto añade tres reglas diferentes que resultan del mayor interés. A saber:

1.º Una regla puramente clarificadora de la concurrencia de dos conceptos netamente diferentes y que conviene mantener en todo momento diferenciados.

Estos dos conceptos son la «subvención» concedida por los servicios públicos de empleo para financiar la contratación de estos trabajadores, cuya cuantía queda determinada a través de los criterios que recoge expresamente en el párrafo segundo, por un lado, y la «retribución» o salario de los trabajadores que se incorporen a este programa, por otro. Lo que significa, en la práctica, que la retribución de estos trabajadores debería ser superior, y en el peor de los casos igual, nunca menor, a la cantidad recibida por la Administración Pública o entidad sin ánimo de lucro contratantes. No otro sentido puede tener, a nuestro juicio, la incorporación del siguiente inciso final: la cuantía de la financiación por el servicio público de empleo a través de las correspondientes partidas de gasto ha de entenderse «*con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador*». Esta regla de desvinculación o desconexión conceptual –y cuantitativa– de un concepto y otro, aun siendo loable por su sentido garantista además de clarificador, no deja de ser programática, dado que en la práctica la crítica más difundida a estos programas por parte de las entidades beneficiarias es la escasa cuantía de las subvenciones ²⁰.

2.º Una regla de clarificación y concreción de los conceptos a incluir en la cuantía de la subvención, así como los criterios de referencia para determinar su cuantía.

A este propósito, si la versión ahora derogada tan sólo aludía a la cobertura de los «costes laborales» de estas contrataciones, la nueva versión precisa que se trata tanto de los «costes salariales» cuanto de los costes de «Seguridad Social». Para la determinación de la cuantía se distingue entre los costes salariales, a cuyos efectos se sigue mantenimiento el mismo, y criticable, parámetro de referencia, el de las «bases mínimas» («base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador»), de una parte, y las cotizaciones sociales, para las cuales se tomarán como referencia las «cuotas derivadas de di-

¹⁹ El resultado es, pues, la eliminación de un elemento de rigidez que dificultaba un uso flexible de este instrumento de estricta política de fomento de empleo.

²⁰ Esta opción legislativa de cargar sobre la Administración contratante la obligación de asumir la diferencia entre la cantidad correspondiente a la base mínima de cotización, parámetro o módulo de referencia de la subvención, y la determinada por el salario previsto en el convenio aplicable a la actividad, parámetro o módulo de referencia del salario, aparece en otras modalidades de empleo comunitario como en los empleos de colaboración social (art. 38.4 RD 1445/1982).

chos salarios», de otra. En esta reforma, de alcance estrictamente técnico o de mejora de redacción sin duda, por cuanto no varía en nada la situación respecto de la regulación precedente si se atiende a la práctica que subyace en esta norma, es posible apreciar la misma evolución experimentada por los criterios para fijar la cuantía de la subvención en las normas reglamentarias que ahora se elevan a rango legal. Si bien cabe detectar, incluso, un cierto empeoramiento en términos cuantitativos, que podría actuar de factor obstaculizador de un uso mayor de esta figura, conforme a la lógica promotora o de fomento que inspira la nueva regulación, no obstante las incertidumbres sobre su regulación y vigencia ²¹.

3.º Una regla para la fijación de la retribución a percibir por estos trabajadores, a través de una remisión a la autonomía de la voluntad (libre acuerdo entre las partes).

El párrafo tercero del artículo 15.1 letra d) LET, totalmente novedoso en un plano formal, más que determinar por sí mismo el salario correspondiente a estos trabajadores establece una regulación indirecta, mediante una cláusula de remisión a la fuente «normativa» que ha de establecer el régimen salarial, incluyendo la estructura y, sobre todo, el *quantum* retributivo. Sin embargo, sorprendentemente, en vez de seguir la técnica habitual en materia salarial, que privilegia al convenio colectivo como norma reguladora de la materia salarial, reenvía a la «autonomía de la voluntad», lo que supone, pese a la previsión expresa de un «acuerdo entre las partes», que se deja en manos de la entidad contratante, pública o privada pero sin ánimo de lucro, la fijación del salario (opción desreguladora), reforzando también desde este punto de vista el principio de autoridad empresarial que domina particularmente también este sector de contratación (individualización de las relaciones), máxime si se tiene en cuenta el carácter especialmente dependiente y privado de poder negociador real de estos colectivos en desempleo y con riesgo de vulnerabilidad y exclusión social ²².

Ciertamente, puede esgrimirse en favor de la nueva regla que esta remisión a la autonomía individual no es enteramente libre, y no sólo porque deben jugar en todo caso los límites legales previstos en el resto del ordenamiento laboral, al que estas relaciones pertenecen, a diferencia de otras modalidades de «empleo comunitario» como los denominados «contratos de colaboración social», sino porque, más concretamente, el propio precepto cuida de establecer un límite que ac-

²¹ Así, mientras que la OM de 19-12-1997 se decanta por módulos de referencia asentados sobre salarios y bases mínimos, la OM de 26-10-1998, con mejor criterio, incluso que el legal, lo que no deja de plantear problemas de ajuste, establece en el artículo 3.2 que la cuantía de la subvención a percibir por las entidades solicitantes:

«será la necesaria para sufragar los **costes salariales totales, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos en la misma cantidad que la fijada para el salario según convenio colectivo vigente**, por cada trabajador desempleado contratado».

²² Cabría acudir, en cierta medida, ante esta incomprensible e incoherente regla legal, a buena parte del arsenal de críticas realizada ante los actuales procesos de individualización de las relaciones y de ejercicio de la autonomía individual «en masa». *Vid.* para una exposición de síntesis M. R. ALARCÓN. «Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado social y el efecto de las crisis económicas». AA.VV. *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid. 2000.

túa a modo de *salario mínimo de referencia*. Así, el inciso final de este nuevo párrafo prohíbe que el *salario contractualmente fijado* pueda ser inferior al establecido «en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo aplicable». Ahora bien, además de criticar el módulo de referencia convencional, que no es el adecuado, pues debería ser el salario correspondiente a un trabajador de la misma o análoga categoría, como correctamente recoge la OM de 26-10-1998, a la que remite la disposición adicional 16.^a LET, excepcionando la eficacia general del convenio de referencia (cláusula de descuelgue salarial *ope legis*), ha de advertirse sobre la incertidumbre que introduce, pues, la negociación colectiva, ni en el Convenio de la Construcción ni en el Convenio propio, que hasta ahora prácticamente no conoce ejemplos –aunque ya hay intentos en diferentes zonas–, no prevé estas situaciones ²³.

En definitiva, y sin poder adentrarnos más en una figura tan desconcertante, pero a la vez tan interesante, como el contrato de inserción cabe concluir que son más los interrogantes que deja sin resolver y que, al mismo tiempo, abre la nueva versión que los que resuelve, y en todo caso de mayor entidad. Se han querido solucionar los muchos y graves problemas de indeterminación legal, constatados por el propio legislador, remitiendo de forma prácticamente incondicionada –«en blanco» diríamos en buena técnica– a los juicios de oportunidad coyuntural de la potestad reglamentaria ²⁴.

Esta opción técnica y de política legislativa tiene, claro está, la ventaja de la eficacia, la flexibilidad y la permanente adaptación a la situación nacional del mercado, y objetivos de política social y, sobre todo, de empleo, pero ofrece también el claro inconveniente de la incertidumbre en torno a múltiples cuestiones, en particular uno muy castigado y precisado de un mínimo esfuerzo de clarificación y control legislativos: atajar los diferentes procesos de descausalización que la práctica ha impulsado en las diversas modalidades en el artículo 15 LET. A la vista de esta radical, y suficientemente conocida, ineffectividad de las previsiones legales respecto a garantizar una adecuada causalidad de estas modalidades de contrato temporal, parece ya un sarcasmo calificar este maltratado precepto estatutario como regulador de los contratos temporales «estructurales» o «causales».

La nueva figura contribuirá, en el actual estado de regulación, a profundizar la brecha, pues mucho nos tememos que no estamos sino ante otra vía reedición del denostado contrato para el fomento del empleo temporal (sólo que ahora de utilidad social). Pese a todo, todavía confiamos en que se aproveche el aplazamiento de su vigencia para proceder a una auténtica, y necesaria, reordenación global y coherente de los denominados trabajos de utilidad social, poniendo fin a la in-

²³ Este tipo de fórmulas para determinar la fijación de salarios, cada vez más frecuente en el marco de contrataciones temporales atípicas –ej. desplazamientos temporales, trabajadores de empresas de trabajo temporal–, ocasionan múltiples problemas interpretativos y abren un considerable riesgo de prácticas discriminatorias, como enseña la lamentable experiencia de las ETTs, hasta el punto de determinar una intervención legal, aunque no haya resuelto completamente los problemas.

²⁴ Esta idea de consagrar en el plano legislativo lo que ya son normas reglamentarias aparece de forma recurrente en esta reforma. Ej. formulación en el artículo 15.1 b) LET de la posibilidad de una única prórroga del contrato eventual hasta la duración máxima establecida, en los términos ya presentes en el artículo 3.2 d) RD 2720/1998.

determinación, dispersional y descontrol hoy reinante, sin perjudicar, antes mejorar, su utilidad en el marco de las políticas activas de empleo propias y dignas de un *Workfare State institucional no residual o asistencial*²⁵.

2. Las reformas de los contratos de duración determinada: un pobrísimo arsenal de cláusulas de prevención del abuso.

2.1. Las novedades en el sector de la contratación temporal directa: cláusulas penalizadoras, indemnizatorias y sancionadoras.

Aunque, como acabamos de volver a evidenciar, la introducción de nuevas y más eficaces garantías para hacer efectivo el principio de causalidad subyacente a la lógica reguladora del artículo 15 LET, extremadamente erosionada en nuestra práctica contractual, era uno de los objetivos a perseguir por una reforma que se autoproclama orientada a mejorar la calidad del empleo, el balance de ambos instrumentos de reforma, el RD-Ley 5/2001 y la Ley 12/2001, no puede ser más pesimista, a tenor de la extremada pobreza de «armas» facilitadas en estas normas para luchar eficazmente con esta lacra de nuestro sistema económico y empresarial. Pese a las críticas vertidas en este punto sobre el RD-Ley 5/2001, la nueva versión se ha limitado a introducir cambios de escasa significación, no sólo por su limitadísimo número sino también, y sobre todo, por su reducida relevancia cualitativa, para luchar, ya mediante formas de prevención ya mediante adecuadas formas de tutela «sancionadora», contra el abuso o ejercicio antisocial de estos contratos, sin duda necesarios e insustituibles pero también exigidos de control. Por supuesto, ninguna de las reformas afecta directamente, y de forma positiva, a la delimitación de las causas y supuestos en los que cabe recurrir a los contratos temporales, en particular a los de obra o servicio determinado y los eventuales, de uso frecuentísimo e incontrolado en la experiencia contractual²⁶.

Estas «novedades» de la versión reformada sobre la versión originaria son las siguientes. A saber:

- a) Dos reglas orientadas a reforzar la participación de la autonomía colectiva en el control de la contratación temporal, y que por tanto asumen una finalidad promotora o de fomento de las garantías colectivas.

A tal propósito, por un lado, la nueva versión del artículo 15.5 párrafo primero abre a todos los ámbitos de negociación colectiva, sectoriales, empresariales o de grupo, la posibilidad contemplada expresamente en la Directiva 99/70/CE, y sin duda siempre a dispo-

²⁵ Vid. C. MOLINA. «Del *Welfare State* al *Workfare State*». AA.VV. *Problemas y tendencias de la protección social*. MTAS. Madrid. 2000.

²⁶ Vid. la crítica en C. MOLINA-M. GARCÍA. *Op. loc. cit.*

sición de la autonomía colectiva *ex* artículo 37 CE y artículo 85.1 LET, la posibilidad de introducir instrumentos, adicionales a los legales –aunque esta expresión se ha suprimido en el texto actual–, para prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. Sin embargo, esta simple eliminación de la regla de preferencia de los convenios sectoriales, coherente con la opción centralizadora definida y puesta en marcha, no de forma lineal ni totalmente eficaz, en la reforma pactada de 1997, en modo alguno sirve para compensar mínimamente los déficit de transposición de esta norma comunitaria, en particular si se atiende a las posibilidades más comprometidas y eficaces en la lucha contra el encabalgamiento fraudulento de contratos previstas en la cláusula 5.^a de la norma comunitaria²⁷.

Por otro lado, y al objeto de recuperar una posibilidad de intervención de la autonomía colectiva en favor de la garantía de estabilidad del empleo, la versión reformada precisa la competencia de la negociación colectiva para fijar los criterios de conversión de estos contratos en contratos indefinidos. La habitualidad de esta cláusula de conversión, hoy incluida en un número importantísimo de convenios colectivos dentro de la denominada política convencional de empleo o disciplina jurídico-negocial del empleo (cláusulas de empleo), hace que resultara sorprendente, y a todas luces injustificada, su desaparición en la versión del RD-Ley y que carezca también de sustancialidad la reaparición en la nueva versión de la Ley 12/2001. No obstante, hemos de saludar positivamente que se clarifique y se refuerce el papel de la negociación en este ámbito²⁸.

- b) La versión reformada suprime la remisión a la negociación colectiva como instrumento preferente para fijar la indemnización prevista para compensar el daño que supone la ruptura del contrato temporal [nuevo art. 49.1 c) LET].

Como ya advertimos, esta supresión no debe verse como una manifestación de signo contrario a la política de fomento de la autonomía colectiva evidenciada con la última versión de la reforma, sino que se trata de una mejora de redacción técnica que permite clarificar el carácter de *mínimo indisponible o inderogable in pejus* asumido por la in-

²⁷ Si a este elemento de transposición formal y de mínimos añadimos que las reglas de mejora garantista introducidas en el artículo 15.6 y 7 no suponen más que la concreción de principios y derechos fundamentales ya existentes en nuestro derecho, podemos concluir el carácter más formal que sustancial de la transposición de esta importante Directiva comunitaria, que no ha supuesto la necesaria innovación de nuestro ordenamiento en este punto (crisis de efectividad). Críticamente C. MOLINA-M. GARCÍA. «Contratación...». *Op. cit.* págs. 41 y ss. Hay que recordar que la Ley 12/2001, siguiendo otra opción de política legislativa más general, refuerza en el plano de las relaciones jurídico-públicas de tutela administrativa sancionadora la vinculación, y por tanto la efectividad, de estos deberes empresariales y derechos de los trabajadores, al modificar el apartado 5 del artículo 6 TRLISOS (se considera como infracción «no informar a los trabajadores a tiempo parcial y con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos previstos en los artículos 12.4 y 15.7 del Estatuto de los Trabajadores»), e incluir un nuevo apartado 6 (tipifica como infracción «cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales») a este precepto (Capítulo IV, art. 14.1 Ley 12/2001).

²⁸ Como curiosidad, nótese el fuerte contraste de esta intervención favorecedora de la autonomía colectiva, de claro sentido garantista, con otra intervención legislativa de fomento de la negociación colectiva, pero de claro signo flexibilizador, como la que contempla el nuevo artículo 12.5 c) párrafo segundo, que autoriza a la negociación colectiva nada menos que a multiplicar por 4 (60%) el límite máximo de horas complementarias previstas legalmente (15%).

demnización, ciertamente pírrica, de ocho días prevista por terminación de contrato. Aunque como ya tuvimos oportunidad de observar el carácter indisponible de esta indemnización podía afirmarse bajo la anterior versión, conforme a una plausible y exigible interpretación correctora según la teleología inmanente a la norma, aunque ciertamente la redacción fuese especialmente desafortunada y equívoca, la actual formulación no deja dudas sobre tal calificación, sin que perjudique en modo alguno la posibilidad de ser incrementada vía convencional (relación de complementariedad y principio de autonomía colectiva concesiva), o por aplicación de una normativa específica cuando concurren sus presupuestos (principio de especialidad)²⁹.

No se han resuelto, sin embargo, otros problemas aplicativos que suscitaba una norma de este tipo, que en última instancia no representa nada más que una regla de generalización y normalización en el plano legislativo, aunque a la baja desde un punto de vista cuantitativo, de lo que ya era una práctica convencional relativamente frecuente en nuestro sistema de negociación colectiva (*regla de normalización legal de una práctica convencional*). Así, por ejemplo, no se determina si este derecho indemnizatorio resulta igualmente aplicable a situaciones de extinción por causas distintas a la llegada del término establecido, y siempre cuando, naturalmente, no entren en el ámbito de aplicación de otro precepto estatutario que contenga previsiones indemnizatorias por la resolución del contrato (ej. desistimiento durante el eventual período de prueba; extinción por voluntad del trabajador; despido disciplinario considerado precedente). Aunque no podemos entrar aquí en un mayor análisis, y sin perjuicio de reconocer que existen argumentos que pueden avalar una respuesta u otra, creemos que no puede liquidarse una cuestión de este tipo, no obstante la intrascendencia cuantitativa al hablar de una cantidad insignificante en la práctica, ni con simples argumentos literalistas ni con una respuesta uniforme para todos los supuestos³⁰.

- c) Introduce una *cláusula de penalización* de la contratación temporal, pero tan sólo de aquellos supuestos de duración marginal o residual.

Como novedad de política legislativa, aunque notoriamente insuficiente respecto de las reivindicaciones evidenciadas en el proceso de negociación, luego frustrado, de la reforma laboral aquí comentada, la Ley 12/2001 penaliza determinados contratos de duración determinada. Así, incrementa en un 36 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en contratos de duración inferior a siete días, con exclusión de los contratos de interinidad (*vid.* disp. adic. 6.ª Ley). Una vez más estamos ante un claro ejemplo de medidas valorables positivamente por su finalidad y por responder a necesidades ineludibles, pero criticables por su extremada timidez a la hora de dotarlas de la extensión exigida para afrontar con razonable eficacia aquellas elementales exigencias de control de lo que para todos es una injustificable práctica abusiva de la contratación temporal.

²⁹ Ej., artículo 41 LET, o artículo 52 LET..., o la indemnización de 12 días prevista por «finalización del contrato de puesta a disposición» *ex* artículo 11.2 Ley 14/1994, reguladora de las ETTs.

³⁰ Contra R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 113.

2.2. *Una ambivalente reforma de la contratación temporal indirecta: el contrato de trabajo «múltiple» con ETTs.*

Estas limitaciones e insuficiencias no sólo se han dejado ver en el ámbito de la contratación temporal directa, sino también, y especialmente, en lo que concierne a la denominada contratación temporal indirecta o realizada mediante el recurso a ETTs. Una vez que las prácticas discriminatorias en material salarial han sido atajadas con una aceptable, aunque no óptima, intervención legislativa correctora –continuada en el plano convencional con la firma del III CC Estatal de ETTs–, quedaba pendiente, como cuestión más relevante, dar respuesta a la extremada inestabilidad que presenta este tipo de contrataciones, pues la inmensa mayoría de estos contratos no alcanzan una duración superior a un mes. Pero de nuevo hemos de lamentar que ni el RD-Ley 5/2001 ni la Ley 12/2001 hayan decidido afrontar esta delicada pero necesaria, y ya urgente, actuación en favor del incremento de la calidad del empleo en el marco de las ETTs, estableciendo garantías efectivas para promover una mínima estabilidad en este sector de la contratación, en claro aumento, aunque a ritmo menos acelerado que hace unos años, desplazándose parte de esta cuota de contratación temporal a *empresas de servicios*³¹.

No obstante, la norma reguladora de las ETTs no ha permanecido ajena a la incidencia reformadora de los nuevos instrumentos normativos. En este sentido, la Ley 12/2001, además de reiterar la reforma introducida por el RD-Ley 5/2001 en la letra c) del artículo 8 Ley 14/1994, de 1 de junio, que no tiene más sentido que reflejar en este sector la relativa reducción del límite máximo de duración del contrato eventual que supone pasar legalmente de 13,5 a 12 meses, y de reforzar el carácter vinculante de esta regla limitativa con una modificación del artículo 19.2 TRLISOS (Capítulo IV, art. 14.3 Ley 12/2001), incorpora dos novedades nada desdeñables, si bien inspiradas por una lógica aparentemente opuesta. A saber:

- a) *Se introduce una **nueva forma de contrato** temporal a concertar entre trabajador y ETT que denominamos contrato de trabajo temporal eventual **múltiple**.*

En efecto, la Ley 12/2001, como consecuencia de una Enmienda introducida en el Senado por el GP, incorpora un nuevo apartado 3 al referido artículo 10 LETT, con el siguiente tenor:

«podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de

³¹ Un estudio de estas cuestiones en C. MOLINA NAVARRETE. *Nuevas reglas de la competencia en el mercado de las Empresas de Trabajo Temporal*. Caja Sur-Universidad de Jaén. Jaén. 2000.

trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual..., debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en el apartado 1 de este artículo y en sus normas de desarrollo reglamentario».

La justificación dada a esta reforma, y confirmada por la redacción, es la de incorporar una regla que propicie o facilite un incremento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados en el mercado de trabajo reservado a las ETTs. Así, cuando se prevea que un mismo trabajador va a realizar su prestación de servicios para diferentes empresas usuarias, como consecuencia de la firma de sendos contratos de puesta a disposición, se faculta –no se impone– a la ETT para concluir un único contrato de trabajo para la cobertura de la entera serie de contratos de puesta a disposición sucesivamente firmados con Empresas usuarias o clientes, de ahí que el *contrato* sea *único pero las prestaciones* se realizan para *múltiples* empleadores, no de forma simultánea sino sucesiva, si bien su alcance es meramente formal sin ampliar materialmente las causas o supuestos de contratación previstos en el artículo 15 LET. La extinción o finalización del contrato de puesta a disposición, pues, no tiene que afectar necesariamente al contrato de trabajo concertado entre trabajador y ETT, suprimiendo la necesidad de tener que concertar otro contrato de trabajo cada vez que existe un nuevo contrato a disposición en el que se prevea la prestación de un mismo trabajador.

La reforma, con ser en términos generales positiva, no deja de suscitar algunas reservas. Primero porque no tiene un carácter obligatorio para la ETT sino que se formula en términos de facultad, de opción para la ETT respecto a la forma concreta de materializar una contratación laboral, bien a través de varios contratos sucesivos bien mediante un único contrato múltiple. Segundo, porque si bien es cierto que puede mejorar la posición del trabajador, al darle una mayor seguridad sobre la continuidad de su trabajo y, por tanto, una mayor capacidad de planificar su situación personal, no menos cierto es que el gran beneficiado es la ETT, que además de ahorrarse los costes de extinción, aunque sean muy reducidos ante la residualidad de la duración «normal» en la práctica de los contratos que firma, cuenta con un nuevo instrumento a utilizar discrecionalmente para mejorar la planificación y gestión de su actividad de puesta a disposición.

Para garantizar un uso razonable, correcto y transparente de esta nueva forma de contratación temporal en el ámbito de las ETTs, la nueva norma no se contenta con la regla habilitante o de atribución de esta facultad empresarial, sino que dispone otras tres reglas de carácter restrictivo o limitador. Así:

- Un límite o condición temporal: que la existencia de esta serie de contratos de puesta a disposición a cubrir mediante un solo contrato de trabajo se pueda conocer previamente a la firma del contrato de trabajo, por lo que se precisa que «estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo...».

- Un límite causal: esta nueva forma de realizar el contrato de trabajo temporal por la ETT, no sólo no supone ninguna ampliación de los supuestos en los que se puede contratar a través de esta vía indirecta –limitados a los previstos en el art. 15 LET, con exclusión del contrato de inserción y del contrato fijo discontinuo, aunque respecto de estas exclusiones no diga nada expresamente la Ley 12/2001, produciéndose un desajuste sistemático que habría que corregir–, sino que reduce su campo de aplicación únicamente a los contratos eventuales [art. 15.1 b) LET]. No cabe posibilidad de acudir a esta nueva fórmula, por tanto, para la otra modalidad más utilizada también en el seno de las ETTs, los contratos de obra o servicio, lo que podría explicarse como un intento de evitar una nueva desvirtuación o desnaturalización del mismo, ya bastante castigado en su base causal, pero no estamos seguros de que esta exclusión sea totalmente razonable, ante la finalidad garantista o tuitiva que dice tener esta norma³².
- Un límite formal: a fin de garantizar la plena transparencia de esta pluralidad de prestaciones y para diferentes empresas usuarias pero en el marco de un único contrato de trabajo, se exige expresamente que se formalice específicamente en el contrato cada una de las puestas a disposición, en los mismos términos que si se tratara de un contrato de trabajo simple.

b) *Se deroga la exclusión de los contratos realizados a través de ETTs del beneficio denominado «coste-cero».*

Sin duda, estamos ante una regla de neto carácter incentivador de la contratación temporal indirecta, esto es, a través de ETTs, por cuanto se deroga una excepción a la regla general cuyo sentido era claramente desalentador o desincentivador de este tipo de contratación por sus mayores efectos negativos sobre la estabilidad en el empleo y, en definitiva, sobre la «calidad» del mismo. A este respecto, sabido es que la letra c) del artículo 2 RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento³³, excluía de estas bonificaciones, los denominados «beneficios de coste-cero» (bonificación del 100%) a los contratos de puesta a disposición.

³² Quizás pueda pensarse en seguir una línea análoga a aquellas otras situaciones ya conocidas en nuestro ordenamiento, para diferentes sectores de actividad y relaciones especiales, en los que este contrato asume ciertas singularidades cuando la realización de diferentes obras o servicios puedan presentar una cierta unidad. Ej. Reales Decretos sobre relación de artistas, deportistas profesionales.

³³ La disposición adicional 2.ª Ley 12/2001 precisa que estas bonificaciones comprenden sólo el acogimiento «preadoptivo o permanente», lo que no es sino una precisión de mejora técnica de la redacción, y lo extiende asimismo a las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por «riesgo durante el embarazo», que implica una regla de integración de una laguna de la anterior regulación.

Pues bien, como consecuencia nuevamente de una Enmienda introducida en el Senado por el GP, se adiciona una nueva letra a la disposición derogatoria única de la Ley 12/2001, la letra d), en virtud de la cual se suprime aquella excepción expresa realizada por la norma reguladora de estos beneficios. La justificación de esta reforma se asienta sobre la pretendida inexistencia de razón suficiente y «razonable» que legitime una exclusión de estas medidas de política activa en favor del empleo y de la conciliación de la vida laboral y familiar a las ETTs y empresas usuarias, por el simple hecho de que este contrato de interinidad por sustitución se realice a través de esta vía indirecta. No compartimos esta apreciación, pues al margen que desde ciertos planteamientos pueda encontrar justificación una derogación de este tipo, lo que *en modo alguno se puede negar es que existe una justificación más que «razonable» a esta excepción, otra cosa es que el legislador tenga una distinta opción de política del derecho, ahora favorable a eliminar ciertas restricciones a la contratación en ETTs.*

3. La (des)regulación del contrato a tiempo parcial: una reforma meramente técnica que reafirma su radical reordenación en sentido flexibilizador.

Una opción de política del derecho –del empleo y del trabajo– flexibilizadora que tiene su máxima expresión en la reforma introducida en el régimen de los contratos a tiempo parcial. Pocos comentarios cabe añadir a los ya realizados, tanto en un plano analítico y problemático como crítico, en su momento al RD-Ley 5/2001, que en este punto, absolutamente central en esta fase de reformas laborales y de política de empleo, se mantiene sustancialmente inmodificado³⁴. La firme apuesta del Gobierno por un instrumento contractual que permita una gestión muy flexible del tiempo de trabajo, según una reivindicación perseguida con ahínco por los empresarios desde la reforma garantista, y ciertamente compleja, de 1998, ha sido plenamente ratificada por el Parlamento. Ciertamente el juego de las mayorías no consentía augurar otra cosa, pero sí cabía esperar un esfuerzo mayor en orden a resolver múltiples problemas aplicativos que la nueva regulación suscita, pero en este caso no ha funcionado ni las socorridas mejoras técnicas, en otros puntos más significativas como hemos visto.

Desde esta perspectiva de sustancial continuidad y en el contexto de este trabajo no merece la pena detenerse más que en la nueva letra g) introducida en el artículo 12.5 LET. En ella se prevé un reducido catálogo de causas que legitiman la renuncia del trabajador al pacto de horas complementarias, con lo que se quiere abrir un cierto margen de disposición para el trabajador sobre el pacto de horas complementarias, fuertemente comprimido cuando no anulado en la versión anterior, con el consiguiente deterioro del principio de voluntariedad y refuerzo, en cambio, del principio de autoridad empresarial, trasfondo en el ámbito laboral del contractualista principio *pacta sunt servanda*. Se pretende con esta reforma, por tanto, reintroducir algunos elementos de control por parte del trabajador de este pacto, con el consiguiente reforzamiento del papel de su autono-

³⁴ Vid. C. MOLINA-M. GARCÍA. «Contratación laboral...». *Op. cit.* Págs. 49 y ss. Confirma estas mismas apreciaciones críticas R. ESCUDERO. «Propósitos y despropósitos...». *Op. cit.* págs. 122 y ss.

mía de la voluntad, fuertemente castigada con la reforma del RD-Ley 5/2001, algunos de cuyos aspectos más negativos en este punto también se mantienen³⁵.

No obstante, tampoco cabe sobrevalorar esta reforma, introducida en virtud de una Enmienda de CiU. Primero porque resulta muy limitada, al menos si se compara esta facultad de denuncia unilateral por parte del trabajador con la prevista en la derogada letra c) del artículo 12.5 LET, no condicionada a ningún elemento de causalidad, funcionando como una auténtica facultad de desistimiento *ad nutum*, siempre y cuando transcurriese un cierto período de espera. Segundo, porque es claro que responde a estrictas exigencias de una elemental coherencia jurídica. A este respecto, los estrictos motivos que facultan al trabajador para renunciar al pacto ya vienen contemplados, de una u otra forma, en un grado u otro, en diferentes preceptos del propio Estatuto de los Trabajadores, al tiempo que son requeridos por la propia lógica que inspira un número importante de las reformas incluidas en la Ley 12/2001.

A fin de poder hacer uso de este derecho de renuncia del trabajador el precepto establece tres límites, que actúan a modo de condiciones o presupuestos para su ejercicio y que han de concurrir simultáneamente para ser lícita tal renuncia. A saber:

- Un límite formal o modal: requiere preaviso de 15 días. Es una condición razonable y coherente con la regulación estatutaria de este tipo de facultades «extintivas» o de terminación [ej., art. 49 d) LET], en este caso sólo del pacto específico de horas complementarias, concedidas al trabajador. Aunque se ha mejorado notoriamente esta cuestión respecto a la regulación precedente –el período mínimo de preaviso era de tres meses–, contrasta sin embargo este período con el más reducido impuesto al empresario para dar a conocer el día y hora de la realización de las horas complementarias pactadas (siete días)³⁶.
- Un límite temporal: se fija un plazo o período de espera para poder hacer uso del derecho de renuncia al pacto, que se sitúa en un año desde la celebración –se mantiene así la previsión del régimen originario derivado de la reforma de 1998–. Esta exigencia, sin embargo, no nos parece tan razonable, máxime si se entiende formulada de forma genérica e indiscriminada, cuando estamos ante una facultad estrictamente causalizada, por lo que es la concurrencia de estas causas el presupuesto que debería bastar, junto al preaviso, para facultar al ejercicio de la renuncia.

³⁵ Entre otros, recuérdese la inexplicable desaparición del régimen de consolidación de las horas complementarias mediante una expresa manifestación de voluntad del trabajador en tal sentido, «en relación con la totalidad o con una parte de las horas correspondientes», según la desaparecida letra i) del artículo 12.5 LET, de redacción compleja, seguramente de modo innecesario, pero cuya finalidad era difícilmente contestable. Esta facultad estaba incluso al abrigo de la disposición por parte de la autonomía colectiva. La regresión en este punto es clara. *Vid.* C. MOLINA-M. GARCÍA. «Contratación laboral...». *Op. cit.* pág. 56.

³⁶ Previsto sin duda como garantía del trabajador y como prevención frente a la introducción de nuevas vías para las crecientes prácticas de «trabajo a llamada». Algunas de ellas inverosímiles, pero previstas convencionalmente en algunos casos y, lo que es peor, convalidadas judicialmente.

- Un límite causal: el ejercicio de la renuncia se somete, a diferencia de lo que sucedía bajo la regulación de 1998, a la concurrencia de un estricto elenco de causas, que entre otros problemas suscita el habitual problema de determinar si se trata de una lista cerrada, como parece desprenderse de la redacción literal, o no, como parecería más lógico atendiendo al principio de voluntariedad que rige esta materia. Tales causas son la concurrencia de (1) «responsabilidades familiares» enunciadas en el artículo 37.5 LET, (2) necesidades formativas, si bien en este caso hay dos condiciones (que se acredite la incompatibilidad horaria por parte del trabajador –límite causal–, por un lado, y que se determine reglamentariamente la forma de tal acreditación, por otro) y (3) simultaneidad de empleo a tiempo parcial.

Ciertamente, esta reforma garantista no podrá compensar los excesos flexibilizadores que ahora presenta el nuevo régimen de horas complementarias, sin duda necesidad de una reforma simplificadora pero no tan unilateralmente enfocada en favor de los intereses empresariales de contar con un crédito de horas a su entera disposición para adecuar el tiempo de trabajo a las volubles exigencias organizativas y productivas de la empresa. Pero al menos hay que reconocerle que abre una vía para devolver un cierto protagonismo a los intereses de los trabajadores en la ordenación de esta ambigua y desconcertante figura, las horas complementarias. La negociación colectiva tiene, en todo caso, un amplísimo desafío que cumplir en este punto para establecer un justo equilibrio, que sin perjudicar la necesaria flexibilidad de gestión empresarial no erosione los legítimos intereses de los trabajadores, tanto en lo relativo a la denuncia del pacto cuanto en lo que concierne a su eventual consolidación.

4. La reforma de la nueva causa de despido objetivo por insuficiencia de financiación: la mejora técnica de una norma flexibilizadora.

Al comentar el RD-Ley 5/2001 referíamos a los presupuestos habilitantes para el recurso por parte de la Administración Pública a una nueva causa de despido por causas objetivas, la recogida en la letra e) del artículo 52 LET para los contratos indefinidos concertados con vista a la ejecución de planes públicos. Igualmente dejábamos traslucir la calificación que nos merecía esta norma, regla contradictoria y anómala donde las haya, expresión del «traje a medida» que en los últimos años se viene confeccionando para las relaciones laborales de empleo público, con un fortísimo respaldo de una jurisprudencia cada vez más resignada y acrítica con los incumplimientos del ordenamiento laboral por las AA.PP. Tanto el estudio analítico y práctico realizado respecto a la primera cuestión, como el juicio crítico que nos mereció la adición de una causa más al catálogo de las contempladas en el conflictivo artículo 52 LET, que no pretendió, no obstante su ambigüedad, nada más que flexibilizar para la Administración Pública supuestos plenamente integrados en la letra d) de este precepto, el no menos polémico despido por causas económicas, pueden mantenerse con rigor para la nueva formulación tras la Ley 12/2001.

Pese a la evidenciada continuidad sustancial de una regla que confirma esta tendencia al reforzamiento de un ámbito de especialidad de la contratación laboral en las AA.PP., en unos casos con dudoso fundamento legal, en otros lisa y llanamente *contra legem* y, en otros incluso *contra*

Constitutionem, no cabe desconocer la importancia que en aras de una cierta seguridad jurídica tienen las reformas realizadas en este punto. Todas ellas, absolutamente todas, expresan una lógica puramente técnica, esto es, introducen reglas de clarificación que mejoran la redacción técnica del precepto, con alguna excepción que más bien evidencia todo lo contrario. A nuestro juicio, por tanto, no añaden ni una sola norma garantista que no resultara ya de una interpretación razonable, lo que pocas veces sucede cuando de la contratación laboral en la Administración Pública hablamos, del artículo 52 e) LET conforme a las técnicas hermenéuticas previstas con carácter general en el artículo 3.1 C.c., en particular, conforme al parámetro de interpretación sistemática.

El análisis de contraste entre la redacción reformada y la originaria revela las siguientes modificaciones. A saber:

- a) Se introducen dos nuevos enunciados con los que se pretende precisar o concretar, mejorando ciertamente la redacción, el *ámbito subjetivo* de esta causa de despido objetivo por causas económico-financieras.

A través de estas dos nuevas formulaciones se posibilita la elaboración de una doble regla clarificadora del ámbito o tipología de empleadores que, en atención a su concreta condición o calidad de organizaciones estrictamente dependientes de una determinada financiación pública, pueden acudir a esta específica, y más flexible, modalidad extintiva. De esta manera se añade certeza técnica en una cuestión que había quedado redactada de forma extremadamente indeterminada en la versión anterior, aunque una interpretación teleológica y realista permitía llegar exactamente a los mismos resultados. Así, produce:

- *Una regla de efectos excluyentes: sólo contratos indefinidos directamente concertados por las Administraciones Públicas.*

Al concretar de forma expresa, a diferencia de la anterior versión que guardaba silencio en tal aspecto, que se trata de contratos indefinidos concertados «directamente por las Administraciones Públicas...», está descartando todo el inventario de formas de gestión indirecta a través de las cuales se puede realizar, y se realizan con extremada frecuencia en la práctica, la ejecución de «planes y programas públicos determinados». Quedan fuera, por tanto, hoy como ayer³⁷, pero hoy con más seguridad, la posibilidad de que empresas privadas beneficiarias de subvenciones públicas para la ejecución de obras igualmente públicas, incluido por supuesto el extendido régimen de contratos de servicios u obras de esta naturaleza, puedan ampararse en esta causa específica, debiéndose proyectar los efectos de las eventuales insuficiencias o dificultades de técnica y financiación presupuestaria reconducirse por la causa genérica y común, la de la letra c) del artículo 52 LET.

³⁷ No compartimos las dudas suscitadas en algunos comentaristas y, todavía menos, las respuestas positivas a un entendimiento amplio del ámbito subjetivo. *Vid.* R. ESCUDERO. «Propósito...». *Op. cit.* pág. 106.

- *Una regla de efectos incluyentes: extensión a los contratos concertados con entidades sin ánimo de lucro.*

En efecto, al mismo tiempo la versión reformada incluye un enunciado que precisa la inclusión en su ámbito también de los contratos indefinidos concertados directamente con «entidades sin ánimo de lucro». Esta concreción no hace sino seguir la misma línea ya efectuada en otros preceptos de esta misma Ley 12/2001, que de forma reiterada contempla a estas organizaciones empleadoras como beneficiarias de las modalidades de contratación arbitradas en el marco de la política activa de empleo, por lo que no puede sorprender que cuando se trate de la extinción por causas estrictamente dependientes de su única fuente de ingresos, las subvenciones públicas, permita igualmente el recurso a las mismas técnicas de gestión extintiva que las concedidas a las AA.PP. Lo contrario, además de generar una situación discriminatoria poco justificable y nada razonable, podría generar efectos contraproducentes en la actual política de fomento de la cooperación con estas organizaciones no lucrativas para articular las políticas de empleo e inserción socio-profesionales.

- b) Se especifica con algo más de detalle las características de los programas y planes públicos que integran el *ámbito material u objetivo* del precepto: carácter determinado del programa, independientemente de que su financiación se realice mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias.

A tal fin, se precisa el carácter «*determinado*» que tienen que revestir estos programas públicos sin dotación económica estable, lo que revela un dato de afectación y singularidad de los mismos que debe impedir confundirlos con la programación de actividades o servicios que puedan considerarse específicos o propios de la correspondiente Administración Pública, esto es, con los cubiertos de forma «ordinaria» por los empleados públicos. Pero además, y sobre todo, la nueva redacción añade una segunda fuente de financiación susceptible de producir la insuficiencia que determina el presupuesto causal de esta norma, de modo que junto a la ya prevista financiación procedente de las típicas «consignaciones presupuestarias», ahora se añade también la derivada de consignaciones «extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista».

Ahora bien, este intento de mejora técnica para clarificar el ámbito de aplicación material del nuevo supuesto específico de la genérica causa económica, además de revelarse limitado, sobre todo en relación a algunas propuestas suscitadas en el debate Parlamentario³⁸, sigue suscitando múltiples interrogantes e inquietudes. En efecto, si con la clarificación operada, con mayor o menor fortuna técnica, se pretende evidenciar que no estamos ante programas que cubran necesidades estructurales ni ordinarias, sino meramente coyuntu-

³⁸ En este sentido, mucho más clara, pero también mucho más restrictiva, era la Enmienda núm. 118 presentada en el Congreso por CiU, que sustituía la calificación de públicos por «acción social o de fomento del empleo para desempleados con dificultades especiales de inserción laboral...».

rales o transitorias, y sin dotación económica estable, habría que preguntarse por el sentido que tiene esta regla en la práctica, por cuanto, en puridad de técnica legislativa, *no debería haber contratos indefinidos en la Administración Pública para necesidades coyunturales y sin financiación económica suficientemente garantizada*. De nuevo nos tememos que estamos ante una simple *regla legislativa de regularización y normalización de una anómala práctica administrativa* ³⁹.

- c) Respecto del ámbito o presupuesto causal se realiza una precisión respecto del objeto afectado por la insuficiencia presupuestaria.

En efecto, si la versión originaria recogía la insuficiencia de consignación para el mantenimiento del «puesto de trabajo» afectado, como causa determinante de esta facultad extintiva por parte de la Administración –o entidad sin ánimo de lucro–, la versión reformada cambia esta expresión por la de «contrato de trabajo». Más allá de señalar que esta diferencia de redacción no hace sino confirmar las dudas del legislador en orden a determinar el objeto concreto afectado por la deficiencia económica y/u organizativa determinante de una medida extintiva por razones atinentes a la empresa y no al trabajador –ej., mientras el art. 52 c) LET recoge la amortización de «puestos de trabajo», el art. 51.1 LET habla de extinción de «contratos de trabajo»–, entendemos que no existe una diferencia práctica apreciable o relevante entre una redacción y otra, tal y como ha terminado aceptando, no sin alguna polémica y disquisición sutil, doctrina y jurisprudencia.

- d) Incluye un nuevo apartado en el que se precisa la aplicación del procedimiento previsto por el artículo 51 LET, para los despidos colectivos, a las extinciones producidas por la causa que contempla la letra e) del artículo 52 LET cuando afecte a un número igual o superior al previsto en los umbrales definidos en el artículo 51.1 LET.

Aunque quizás podría valorarse esta reforma como la más significativa de todas las realizadas por la Ley 12/2001, y asignarle una finalidad no puramente de mejora técnica y productora de certeza jurídica, sino más bien la de correctora de una orientación flexibilizadora concretada en la versión originaria, a nuestro juicio no debe desenfocarse la lectura de esta regla. A nuestro juicio, sólo una interpretación forzosamente literalista y aislada, por tanto, contraria a los criterios del artículo 3.1 C.c. y a la dimensión ordinamental que hoy asume el proceso interpretativo, o una opción descaradamente defensora de la reserva a la Administración Pública de espacio de particularismo sin límites en la gestión de las relaciones laborales, podría haber llevado a una comprensión del ahora clarificado artículo 52 e) LET como expresivo de un auténtico «silencio elocuente». La falta de referencia expresa a la aplicación del procedimiento de despido colectivo en este ámbito no podía significar más que dos cosas: o bien estamos ante una auténtica laguna jurídica

³⁹ Una lectura atenta de esta norma podría incluso dar fundamento legal a ese «engendro» jurídico que es la figura jurisprudencial de los «contratos indefinidos pero no fijos de plantilla». De nuevo el sentido flexibilizador de esta norma se deja sentir.

perfectamente integrable conforme a las técnicas usuales, o bien el silencio del legislador revelaba claramente su intención de no afectar en nada ni incomodar el ámbito del artículo 51 LET, pues una excepción de esta naturaleza hubiera exigido una concreta decisión legislativa ⁴⁰.

En definitiva, y dejando para otro momento consideraciones más detenidas sobre esta anomalía jurídica, creemos que, sin menosprecio al esfuerzo de clarificación técnica de algo que difícilmente es comprensible en términos de racionalidad jurídica, lo mejor que se podía haber hecho es suprimirla, como alguna Enmienda parlamentaria proponía. No va a ayudar a corregir la jurisprudencia descausalizadora del contrato de obra o servicio determinado cuando nos encontremos en el ámbito de un programa público condicionado por una subvención pública, antes al contrario la confirma en cuanto da fundamento legal a una internalización en la esfera del trabajador o empleado de un elemento externo, determinante de su extinción cuando desaparece o se minorra sensiblemente, como es la fuente de financiación. No sólo confirma plenamente la corrección de aquella orientación jurisprudencial que legitimaba el recurso por las AA.PP. a técnicas de gestión extintiva flexible de las relaciones laborales, sino que incluso crea artificialmente una causa apropiada para ellas en el mismo Estatuto de los Trabajadores, para que no sólo no haya resistencias judiciales sino se hace una llamada a su facilitación ⁴¹.

IV. NUEVAS MEDIDAS JURÍDICAS DE POLÍTICA DE FOMENTO DEL EMPLEO MEDIANTE LA REFORMA DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN LABORAL

A medio camino o a caballo entre la lógica de integración de determinadas lagunas en las políticas del derecho del empleo emprendidas en la reforma, y la lógica de la innovación de nuestro sistema de contratación laboral en beneficio del incremento del empleo, la Ley 12/2001 incluye una serie de actuaciones que carecen de precedente en el RD-Ley 5/2001. Algunas de ellas responden al propósito de dar respuesta a nuevos compromisos adoptados en el marco de la política

⁴⁰ Otra cosa es que tal decisión hubiese superado o no el test de adecuación a la norma comunitaria, la Directiva 98/59/CE. Una interpretación conforme al criterio de los antecedentes parlamentarios, e incluso de interpretación auténtica de la *voluntad legislatoris*, viene a confirmar nuestra lectura. Así, con total claridad se puede ver en la Enmienda núm. 113 GP en el Senado la finalidad de mera «mejora técnica para clarificar la aplicación de la nueva causa de extinción del artículo 52 e) en supuestos colectivos...». En este caso, continúa afirmándose, «aunque la Directiva no se aplica a las Administraciones Públicas, el ámbito de aplicación de la nueva causa de despido del artículo 52 e) (pura subespecie del supuesto genérico de despido económico o por causas empresariales) no se limita únicamente a las Administraciones, sino que puede producirse también en entidades de derecho privado, por lo que debe asegurarse el cumplimiento de la Directiva también en estos supuestos». *Vid.* BOCG, Senado, Serie II, núm. 29, 8 de junio de 2001. No podemos compartir, pues, la lectura flexibilizadora, aunque sea con resignación crítica, de R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 138.

⁴¹ En contra debe verse la posición del profesor R. ESCUDERO. «Propósitos...». *Op. cit.* pág. 138, quien considera que, pese a todo esto que aquí se dice y se fundamenta, «en el fondo (*sic*), estamos ante una causa que cumple una función híbrida de cierta garantía de los derechos de los trabajadores y de flexibilidad empresarial cara a la extinción».

de protección social, como sucede con la reforma del contrato a tiempo parcial por jubilación igualmente parcial; otras responden a la preocupación por trazar un marco más adecuado de relaciones entre el régimen común de la contratación temporal y determinadas regulaciones especiales en materia, como sucede respecto de la política de inserción de nuevos investigadores al sistema de ciencia y tecnología mediante contratos formativos; otras, en fin, pretenden crear las bases para una política más coherente de empleo en el marco de una más global redefinición y profundización de los instrumentos de lucha contra la exclusión social.

Veámoslas con algún detalle.

1. La política de redistribución del empleo mediante el fomento de la jubilación parcial: el nuevo régimen del contrato de relevo.

Aunque la práctica española de contratación viene mostrando con reiteración, a juzgar por los resultados del análisis estadístico, su pleno rechazo a formas de empleo basadas en modalidades negociales asentadas sobre la solidaridad intergeneracional, como el contrato de relevo, los estudiosos, analistas, interlocutores sociales y poderes públicos vienen confirmando con no menor tozudez la centralidad de estos contratos para la mejora tanto de la política de empleo como de protección social. En este contexto de contradicciones entre la realidad y la norma, entre la práctica y la teoría, la nueva reforma legislativa no ha querido dejar pasar la oportunidad, de modo que frente a la actitud abstencionista en este punto del RD-Ley 5/2001, la Ley 12/2001 ha optado por realizar una nueva incursión en la reordenación del régimen del contrato de relevo, a fin de adecuarlo a las modificaciones introducidas por la Ley en el contrato a tiempo parcial y, sobre todo, de «favorecer su mayor utilización» (EM). Esta reforma pretende reactivar, pues, aquella nueva etapa que supuso la aprobación del *RD-Ley 15/1998, 27.11* y *RD 144/1999, 29.1, de desarrollo*, fruto a su vez de una clara opción de política sindical de emplazamiento al Gobierno para emprender medidas que promocionaran el uso del contrato de relevo como una vía más, aunque no la única ni siquiera la principal, para hacer frente al problema de desempleo desde el objetivo de su reparto o redistribución⁴².

De esta manera, junto al clásico criterio procedente de la política de empleo (*empleo compartido*), nuevos elementos se añaden a este debate favorable, al menos en el terreno de las ideas, a favorecer los contratos de sustitución celebrados con desempleados para cubrir parcialmente el tiempo de trabajo «liberado» por trabajadores de edad avanzada. Así, junto a la proliferación de la denominada «lógica de la poliaktividad», que persigue fomentar toda clase de procesos favorables a la combinación de múltiples situaciones y pluralidad de dedicaciones del trabajador, conciliando el «tiempo de trabajo» con otros tiempos de vida personal y social, se suma, y muy principalmente, las nuevas exigencias de la política de protección social. En este último ámbito, la tutela de di-

⁴² Cf. Información Sindical recogida en la *Revista Gaceta Sindical*. Núm. 177. Julio 1999. Pág. 7.

ferentes intereses personales, públicos y sociales parecen presionar en la dirección de crear *un régimen jurídico-laboral y jurídico-social favorable a la conciliación del fin de la vida laboral con el principio de la vida de inactivo profesional*, de ahí la necesidad de facilitar el tránsito entre estas diferentes situaciones –lo mismo que se procura conciliar o armonizar el tránsito desde la vida escolar o académica a la vida profesional–⁴³.

Precisamente, esta política de promoción de modalidades para alcanzar una jubilación lo menos traumática posible, adelantando por un lado los momentos de «liberación» del tiempo de trabajo, y prolongando por otro la permanencia en la empresa, de modo que una adecuada combinación de ambas situaciones permita preparar mejor al trabajador para la nueva situación que supone la de inactivo o «pasivo» desde el punto de vista laboral sin renunciar a su contribución a la vida social y profesional, ha sido recogida en el *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de Protección Social*⁴⁴. El apartado IV de este importante, pero polémico, Acuerdo Social apuesta por los sistemas de «jubilación flexible». En el marco de una amplia gama de experiencias en tal sentido de diferentes países de la Unión Europea, se busca ahora que la jubilación esté dotada de caracteres de diversidad, gradualidad y progresividad, de modo que no impida una presencia social –y profesional– activa de los ciudadanos, tanto por razones de bienestar personal (autoestima), cuanto de «bienestar social» o colectivo (viabilidad del sistema de pensiones, solidaridad intergeneracional tanto en materia de ocupación como de conocimientos o experiencias profesionales)⁴⁵.

La típica lógica transaccional de las denominadas «normas sociales de empleo», como las recogidas en el nuevo artículo 10.6 LET, hace acto de presencia, racionalizando mínimamente el debate sobre las ventajas e inconvenientes del modelo de regulación basado en la anticipación indiscriminada de la edad de jubilación, bajo múltiples modalidades –ej., prejubilaciones, bajas incentivadas, jubilación anticipada...–, respecto a los costes/beneficios del modelo de regulación basado en el retraso generalizado de la edad de jubilación. La necesidad de encontrar un punto de equilibrio adecuado entre ambos modelos, el nuevo Acuerdo Social sobre mejora del Sistema de Protección Social, incorpora entre sus compromisos el posibilitar una mayor permanencia en la actividad, facilitando la compatibilidad entre la percepción de la pensión y el desarrollo de actividades laborales desde este momento, con lo que se fomenta la jubilación parcial, naturalmente en el respeto al principio de voluntariedad.

⁴³ En este contexto incluso puede encontrar un cierto fundamento legitimador la desaparición de la conflictiva disposición adicional 10.ª LET que, a nuestro juicio, no supone tanto un objetivo de privar de cobertura legal a una facultad de negociación colectiva, lo que no podría hacer a tenor de la jurisprudencia constitucional, por lo que la posibilidad sigue abierta legal y constitucionalmente, sino una llamada de atención tanto al Gobierno como a los Interlocutores Sociales para que sigan una opción de política de empleo diferente. La discusión realizada en el proceso de negociación de la reforma por los interlocutores sociales, antes de que se frustrara, y la retoma del debate en el marco del nuevo Acuerdo Social sobre mejora de la protección social confirman esta idea.

⁴⁴ Firmado por CC.OO. –no por UGT–, CEOE y Gobierno, firmado el 9-4-2001.

⁴⁵ En realidad retoma la Recomendación 10.ª del Pacto de Toledo, sobre flexibilidad de la edad de jubilación.

Los cambios introducidos en el artículo 10.6 LET responden a este compromiso por lo que representa la primera expresión legislativa de acuerdo social, además de tratar de resolver algunos problemas aparecidos con la aplicación práctica del régimen precedente ⁴⁶. Las novedades son las siguientes:

- a) *Revisión de los límites que enmarcaban el contrato a tiempo parcial* de la persona que decide jubilarse parcialmente. Así, el límite mínimo de reducción de jornada se recorta ahora hasta situarse en el 25 por 100 (anteriormente estaba en el 30%), mientras que el límite máximo se eleva hasta el 85 por 100 (anteriormente 77%). La apertura de un mayor abanico de posibilidades tiende, como es obvio, a favorecer las decisiones de los trabajadores en orden a optar por una medida de este tipo, aunque sin llegar a tal extremo de suprimirlos completamente para esta modalidad ⁴⁷.
- b) *Se exime del requisito del cumplimiento de la edad legal* de jubilación –65 años, aunque la edad «normal» esté algo más baja, y tampoco sea la única edad legal prevista–, para acceder a un contrato de trabajo a tiempo parcial de esta naturaleza. Se mantiene, pues, el límite mínimo de edad, esto es, el período de cinco años previos a la edad de jubilación legalmente exigida (60 años como regla general, sin perjuicio de supuestos legales que contemplen una edad de jubilación inferior a 65 años), pero se eximen del máximo, en cumplimiento de aquel compromiso de permitir la continuidad en el trabajo del jubilado, que de este modo lo será parcialmente.
- c) *Se amplía igualmente el ámbito o colectivo de trabajadores que pueden ser beneficiarios o titulares de un contrato de relevo*, celebrado en sustitución de la jornada liberada por el trabajador parcialmente jubilado. Así, ya no sólo se contempla esta modalidad para los trabajadores «en situación de desempleo», sino también para aquellos trabajadores que ya estén contratados en la empresa mediante un contrato temporal ⁴⁸.
- d) Aunque de forma ambigua *se pretende introducir una regla de preferencia por el carácter «indefinido»* de esta contratación, en coherencia con la opción actual, no lineal, de

⁴⁶ Con la principal novedad aportada por la reforma, la posibilidad de concertar la jubilación parcial que da origen al contrato de relevo con una persona que ya alcanza la edad legal de jubilación, el contrato de relevo, «sin perder su posibilidad de actuar como instrumento de anticipación parcial de la edad de jubilación, pasa también a convertirse en un instrumento para la prolongación parcial de la vida activa del trabajador, constituyendo así un medio idóneo para las nuevas orientaciones en favor de una jubilación progresiva y flexible». *Vid.* Justificación Enmienda, núm. 163 GP en el Senado, que da origen a esta reforma legal.

⁴⁷ Si el mantenimiento de límites se justifica «por razones de seguridad jurídica, protección al relevista y garantía de gestión de la pensión de Seguridad Social», la reforma se explica por razones de simplificación y aproximación «a las que rigen en el propio Estatuto... a otros efectos de reducción de jornada», como por ejemplo el caso de guarda legal ex artículo 37.5 LET. *Vid.* Enmienda que le da origen, núm. 163 GP en el Senado, BOCG, núm. 29, 8 de junio de 2001, pág. 90.

⁴⁸ Literalmente «...que tuviesen concertado con la empresa un contrato de duración determinada...». De este modo se excluyen de raíz ciertas prácticas evidenciadas con anterioridad, según las cuales tales contratos se ofrecían a personas que ya venían siendo contratadas de forma temporal, si bien incorporando alguna solución de continuidad que en ocasiones fue declarada fraudulenta. *Vid.* STSJ Cataluña 2-9-1999.

mejora de la estabilidad en el empleo. No obstante, se mantienen intactas las posibilidades de concertar este contrato de relevo por tiempo determinado, precisando el carácter anual de los períodos de concertación ⁴⁹. En este caso, hipótesis más frecuente, se establecen tres reglas distintas para determinar el período de vigencia en atención a la concreta situación concurrente:

- Si el contrato de relevo es celebrado para sustituir la jornada liberada por un trabajador parcialmente jubilado antes de cumplir los 65 años –o edad legal de jubilación–, la duración será igual a la del tiempo que falte para alcanzar tal situación legal (contrato sujeto a término). Lo que quiere decir que, como ya sucediera anteriormente, en estos casos la duración máxima del contrato será la de cinco años.
 - Si el contrato de relevo es celebrado en la situación contemplada en el punto anterior, pero al cumplir la edad el trabajador jubilado decide continuar, según las posibilidades ahora abiertas por la reforma, se prevé la posibilidad de prórroga año a año, por acuerdo de las partes, hasta que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.
 - Si el contrato es celebrado originariamente para relevar a un trabajador jubilado parcialmente después de alcanzar la edad de jubilación, la duración de aquellos casos en que se pacte una duración determinada, no indefinida como también prevé el precepto expresamente, será asimismo por períodos anuales, diferenciándose de la situación anterior en que la prórroga será automática, por lo que no precisará ningún acuerdo de voluntad al respecto. El límite máximo coincide igualmente con la jubilación total.
- e) Se suprime la referencia al personal directivo en la determinación del puesto a ocupar por el trabajador relevista. Se trata de una clara mejora técnica orientada a introducir seguridad jurídica en una formulación cargada, innecesariamente, de una excesiva ambigüedad interpretativa.

El resto de reglas particulares del régimen del contrato de relevo previstas en el artículo 12.6 LET siguen inmodificadas. Por lo que junto a las ventajas de esta regulación continúan algunos inconvenientes y limitaciones respecto de las condiciones de sustitución que dificultan la proliferación de estos contratos, como el excesivo voluntarismo en orden a las garantías de permanencia, los desfases derivados de la desconexión de actividades posible entre trabajador relevado y relevista, escasa incentivación para la empresa... Pese a todo, en el plano de los discursos, pocas dudas parece haber ahora ya sobre las ventajas de una jubilación parcial, voluntaria y progresiva o gradual, que incluso con una reducción ponderada y razonable –no necesariamente proporcional– de la prestación económica, incorpora evidentes beneficios en orden a la política del reparto del

⁴⁹ No debe confundirse por ello, sin embargo, con el denominado «contrato de sustitución» previsto como fórmula de fomento del empleo en virtud de la jubilación anticipada –no parcial– del trabajador. Para algunos problemas en orden a fijar la duración de este tipo de contratos, hoy tan residuales como los de relevo, *vid.* STS 5-7-1999; STSJ Aragón 18-9-2000; STSJ Asturias 27-10-2000; Castilla-León/Valladolid, 21-3-2000.

empleo y de protección social equilibrada. Asimismo se revela potencialmente como una medida adecuada en la perspectiva de una sociedad más liberada del tiempo de trabajo y más vinculada al tiempo libre –de descanso, ocio o acción social voluntaria–.

2. Otra reforma ambivalente en favor del empleo temporal: el personal investigador, científico y técnico al servicio de organismos públicos.

Como consecuencia de una Enmienda introducida por el PP, el lacónico y confuso artículo 17 Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (LFCGICT), asume ahora una nueva redacción, mucho más extensa y clara, a través de la cual se pretende «superar las dificultades y anomalías» evidenciadas por la práctica aplicativa de las «modalidades de contratación laboral» que contempla (disp. adic. 7.^a Ley 12/2001). Estas referidas «anomalías» se agruparían básicamente en dos grupos. Por un lado, la constatación de un notorio *desfase en la práctica* de contratación seguida respecto de las dos «modalidades de contratación» previstas en la versión originaria, y que ahora se mantienen, aunque reformadas, de modo que mientras la primera de ellas, el contrato para la «ejecución de proyectos determinados» por el «personal científico y técnico» de los organismos públicos de investigación, habría conocido un importantísimo desarrollo en la práctica, el segundo, el denominado contrato de «formación científica y técnica» no habría tenido utilidad práctica alguna⁵⁰.

Por otro lado, la experiencia aplicativa del contrato de ejecución de proyectos específicos en el marco de estos organismos públicos de investigación habría evidenciado, igualmente, algunas *dificultades de funcionamiento* que, dada la virtualidad que se le supone, quizás demasiado generosa y acríticamente, para resolver nada menos que «gran parte de los problemas derivados de la limitación o insuficiencia de personal investigador y técnico en determinados proyectos», convendría igualmente corregir. A tal fin, se considera oportuno introducir determinadas reglas aclaratorias que precisen el ámbito subjetivo de este contrato de obra o servicio determinado, así como, y sobre todo, mejorar las facultades concedidas a los organismos responsables de estos proyectos para garantizar o, en cualquier caso, mejorar «la eficacia de los resultados» conseguidos por éstos, para lo cual se les habilita a introducir mecanismos de control de la calidad del rendimiento de este personal.

Desde este plano funcional, pues, tres son las finalidades a perseguir por esta reforma. En primer lugar, claramente intenta *fomentar el empleo* bajo estas modalidades de contratación temporal en el seno de los organismos públicos y demás entidades dedicadas a actividades de investigación y desarrollo tecnológico, salvo las empresas en sentido estricto (política de fomento del empleo temporal en estos ámbitos de actividad), reforzando la práctica anterior respecto a la modalidad de obra o servicio y activar la modalidad formativa. En segundo lugar, pretende *mejorar técnicamente* la redacción precedente de este precepto en aras de una mayor seguridad, transparencia y eficacia de esta contrata-

⁵⁰ En el Informe de Justificación aportado se dice que únicamente «se conoce algún caso excepcional, poco numeroso y ya superado en el CIEMAT» –Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas–. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 37-6, 25 de abril de 2001, pág. 121.

ción, sin perjuicio de precisar asimismo algunas garantías en favor para de los derechos de este personal particularmente cualificado. Finalmente, persigue *flexibilizar la gestión* de la contratación temporal del personal investigador, científico y técnico, para lo cual somete su continuidad a una condición resolutoria que introduce un amplísimo margen de control para el organismo contratante o empleador y, en cambio, genera una gran incertidumbre para el personal investigador o técnico contratado.

Para el cumplimiento de tales fines u objetivos el nuevo artículo 17 LFCGICT presenta la siguiente estructura sistemática. A saber:

- 1.º Una doble *regla de remisión general* al régimen estatutario regulador de las dos modalidades contractuales que contempla: el contrato de obra o servicio determinado *ex* artículo 15.1 a) LET, por un lado, el contrato en prácticas *ex* artículo 11.1 LET, por otro.

De este modo, y aunque tal remisión aparecía ya en la versión anterior, se clarifica la configuración conceptual de estos contratos, procurando evitar cualquier desnaturalización o «desvirtuación» de los mismos, como habría sucedido básicamente respecto del precedente contrato «de formación científica o técnica». Esta opción técnica evidenciaría que este precepto legislativo lejos de querer establecer nuevas modalidades de contratación en régimen laboral, a través de la creación de formas especiales de contratos de obra y de prácticas, persigue reforzar su reconducción al régimen estatutario, sin perjuicio de introducir reglas modalizadoras del régimen común que facilite su uso y garantice su correcto funcionamiento, incluso en determinados casos refuerce las garantías previstas en la LET.

- 2.º Fijación de este conjunto de *reglas particulares* que, sin perjudicar sustancialmente la remisión a sendos regímenes estatutarios, artículo 15.1 a) y 11.1 LET, asegure el buen fin de los objetivos perseguidos con este ámbito de contratación temporal específico.

Aunque estas reglas particulares o especialidades, con ser muy importantes, no tienen la suficiente entidad, a nuestro juicio, como para constituir una auténtica «modalidad especial» a singularizar dentro del «tipo genérico», por cuanto en buena medida responden a reglas o posibilidades previstas de forma amplia en el régimen común, no cabe duda de que la regulación contemplada en el apartado 2 del artículo 17 LFCGICT presenta un mayor grado de particularismo⁵¹. Estos regímenes de contratación del personal investigador, científico y técnico al servicio de organismos públicos de investigación, cuyas reglas se orientan en unos casos a la simple mejora técnica, en otros a reforzar las garantías y en otros, finalmente, a ampliar el margen de flexibilidad para el organismo contratante, se ordena en torno a las dos modalidades ya referidas. Estas dos modalidades con-

⁵¹ En todo caso estaríamos ante modalidades de contrato de trabajo con una regulación especial estrictamente complementaria de la prevista con carácter general o común, a diferencia de lo que sucede con determinados contratos en prácticas como los que sustentan el acceso al sistema sanitario para formar médicos especialistas –MIR– *Vid.* RD 127/1984, de 16 de junio, completado hoy con el RD 931/1995, de 9 de junio. *Vid.* STS 21-12-1990.

tractuales, aun siendo ya conocidas, experimentan una cierta reordenación, en especial la relativa al contrato formativo del tipo «trabajo en prácticas».

a) *Contrato para obra o servicio* consistente en la realización de un proyecto específico de investigación, quedando la duración de esta relación jurídico-laboral vinculada al mismo, salvo informe desfavorable sobrevenido al evaluar sus conocimientos.

b) *Contrato en prácticas* para el personal investigador, científico y técnico al objeto de realizar actividades investigadoras que permitan ampliar o perfeccionar la experiencia científica de los contratados.

3.º Establecimiento de una *regla de extensión* de estas formas de contratación laboral, mediante una *norma de habilitación* expresa para contratar bajo la modalidad formativa *ex* artículo 17.1 b) LFCGICT concedida a organismos públicos e instituciones sin ánimo de lucro que, en el régimen anterior, tenían vedada esta posibilidad.

4.º Esta regla de favor hacia la generalización de las modalidades de contratación laboral recogidas en el artículo 17 no descarta, sin embargo, la incorporación de una *regla limitativa, pero no excluyente*, respecto de un determinado tipo de organismos públicos de esta naturaleza: las *Universidades Públicas*.

Entrando a analizar con algún detenimiento, aunque necesariamente sucinto, el contenido normativo de este precepto reformado cabría realizar, entre otras, las siguientes observaciones. En primer lugar, respecto al régimen particular de estos contratos es obligado diferenciar la modalidad prevista en el apartado 1 de aquella prevista en el apartado 2 del artículo 17 LFCGICT. Por lo que se refiere al denominado **contrato para la ejecución de un proyecto específico de investigación**, y una vez confirmada su naturaleza de auténtico contrato de obra o servicio determinado mediante la remisión general a la LET («Estos contratos se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1 a) del Estatuto...»), las «particularidades» previstas son sólo dos. A saber:

a) Una *regla de mejora técnica*: se precisa que la formalización de estos contratos podrá ser no sólo con el «personal científico» y el «personal técnico», según aparecía en la versión anterior, sino también con el «personal investigador» en sentido estricto, lo que significa una cierta ampliación del campo subjetivo de aplicación, conforme a una práctica ya consolidada en la experiencia aplicativa de estos contratos.

b) Una *regla flexibilizadora del régimen extintivo*: la duración del contrato queda sometida a una condición resolutoria, como es la superación de una prueba de evaluación que, de forma obligatoria, habrá de pasar anualmente ⁵².

⁵² Literalmente se dice que la actividad desarrollada por los contratados «será evaluada anualmente, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación».

Sin duda, junto a la regla de extensión del apartado 2, esta regla constituye la principal novedad, y sin duda también el aspecto más conflictivo, de la reforma introducida en el artículo 17 de la LFCGICT. No debe olvidarse que, a tenor de la norma y jurisprudencia aplicables con carácter general, representa una auténtica regla de excepción al régimen común de vinculación del período de vigencia del contrato a la duración de la obra o servicio para cuya ejecución se realizó el contrato laboral, por lo que, en principio, la continuidad del proyecto debería determinar la continuidad de la relación jurídico-laboral. No obstante, tampoco debe silenciarse que, en realidad, estamos ante una regla que profundiza en la brecha abierta respecto de la causalidad de este contrato por otras líneas de interpretación jurisprudencial, por lo que no constituye más que una fase más de este proceso de flexibilización de la causa del contrato de obra por la incorporación de elementos ajenos o externos a la estricta duración de la obra o servicio que están en la causa del contrato, único elemento que desde una interpretación literal del artículo 15.1 a) LET permitiría la extinción no anticipada⁵³.

Ciertamente, en este caso cabría objetar que no estamos realmente ante un elemento extraño al objeto del contrato, por tanto externo o extraño a la causa del contrato, en la medida en que la causa estaría integrada por la contratación de un servicio científico o investigador de calidad, conforme a la formación y experiencia acreditadas del personal contratado. La eficacia de los resultados científicos perseguidos por el proyecto o grupo investigador en el que se enmarca, y que con toda probabilidad condicionará la continuidad de la propia financiación por el organismo de tales proyectos, entrarían dentro de la prestación de servicios contratada, caracterizada por su especial cualificación, a verificar periódicamente mediante las correspondientes pruebas evaluadoras. Ahora bien, esta sujeción a una suerte de proceso de verificación continua de los conocimientos, o mejor, período de prueba permanente, supone una inequívoca, y quizás excesiva, dilatación o ampliación de la causa contractual en atención a las características propias del servicio que, en cualquier caso, introduce elevadas dosis de incertidumbre y desmotivación, lo que puede precarizar más estas relaciones de empleo temporal, desnaturalizando más esta modalidad contractual, eso sí por vía legal, pese al confesado intento de reconducción hacia el artículo 15.1 a) LET⁵⁴.

A este respecto, difícilmente podrían esgrimirse en favor de este régimen legal las «naturales» exigencias del trabajo investigador y científico, sometido personal, social e institucionalmente a altas exigencias de rendimiento y calidad, que hay que comprobar periódicamente mediante pruebas adecuadas –que no se delimitan en la norma legal–, pues sabido es que el Estatuto contempla mecanismos adecuados para exigir al trabajador un rendimiento adecuado y la permanencia de sus condiciones de cualificación. En este sentido, podría acudirse a una interpretación adecuada o flexible de los supuestos recogidos en las letras a) y b) del artículo 52 LET (extinción

⁵³ Ej., la referida consolidación de la doctrina jurisprudencial configuradora de la extinción de la contrata como causa de finalización del contrato de obra o servicio determinado (STS 8-6-1999); contratación para desarrollar trabajos en el marco del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (FIP), o cualesquiera otros de carácter público, cuando se pierde la ayuda económica que sustentaba la contratación (STS 28-12-1998).

⁵⁴ En cambio, no se aceptó una reconducción del contrato eventual, sometido a tiempo, a una modalidad sometida a condición resolutoria, en el marco de la contratación por ETTs. *Vid.* STS 9-2-1999.

del contrato por causas objetivas sobrevenidas no imputables a la voluntad del trabajador), con la consiguiente mejora del régimen de garantías sustantivas y procedimentales. En conexión con esta última observación, es claro que se plantea el problema, entre otros muchos suscitados por esta nueva regla flexibilizadora de la extinción anticipada del contrato por razones de eficacia y rendimiento, relativo a la procedencia o no de entender aplicable el derecho a la indemnización por fin de contrato prevista en la nueva letra c) del artículo 49.1 LET⁵⁵.

En lo concerniente al denominado *contrato de trabajo en prácticas para la inserción de investigadores al sistema* español de ciencia y tecnología, los cambios operados por la reforma son todavía más significativos que respecto de la modalidad anteriormente comentada, si bien en una parte importante se relativizan si se analiza comparativamente con el actual régimen del contrato en prácticas, en cuyo ámbito se inserta plenamente. Antes de analizar sumariamente las reglas particulares que presenta esta modalidad contractual, ampliamente recogidas en el artículo 17.1 b) LFCGICT, conviene insistir mínimamente en las razones que han motivado su reforma, pues en una cierta medida entroncan con dos objetivos, en alguna medida incluso opuestos, igualmente perseguidos con la última reforma legislativa. A saber:

Por un lado, con la mutación del artículo 11, si bien en su modalidad de contrato para la formación, una vez más orientada preeminentemente a revalorizar el clásico objetivo de *inserción profesional de determinados colectivos, en particular de jóvenes –en este caso relativamente jóvenes investigadores–*. A tal fin, el fracaso práctico del régimen anterior se vincula a una doble deficiencia: su inadecuación comparativa para hacer frente a las necesidades de formación de investigadores y tecnólogos, ya cubiertas por un régimen más flexible, la relación de becario, de una parte, la falta de atención a una necesidad específica, determinante de una laguna o déficit de regulación, como la relativa al fomento de la incorporación de investigadores ya formados, de otra. Esta omisión, además de una desnaturalización de la modalidad contemplada en el artículo 11.1 LET, suponía la postergación de una vía eficaz para la contratación de este tipo de investigadores, considerada útil no sólo porque se revela:

«**necesaria**, sino también porque puede constituir un **inicio de la carrera profesional**, confiriendo a los mismos una **estabilidad adecuada** (vg. cinco años) y una **posibilidad real de ampliar**, perfeccionar o completar su experiencia o **formación científica**».

Ahora bien, por otro lado, junto a este marcado objetivo de *inserción profesional y ocupacional* en el sistema español de Ciencia y Tecnología, hay que distinguir otra finalidad al mismo tiempo perseguida por esta reforma. Así, la clara y acrítica aceptación del denominado sistema de

⁵⁵ Aunque no es posible entrar ahora en un análisis detenido, a nuestro juicio, y salvando la interpretación literal que parece orientar una respuesta negativa, hay que entender aplicable esta regla indemnizatoria en virtud de una interpretación teleológica del precepto.

concesión de becas para el personal investigador como el instrumento más idóneo para cubrir la fase inicial de su formación, según aparece en el Informe de justificación de la Enmienda que luego se convertiría en norma positiva, contrasta claramente con su pésimo juicio sobre las «becas post-doctorales», a las que considera, con razón, como «carentes de todo sentido» y, en todo caso, precarizadoras de la situación del personal investigador ya formado. De ahí, la necesidad de buscar otras fórmulas que permitan una continuidad más dignificada de su actividad, para lo que busca consolidar la forma de empleo en prácticas *ex* artículo 11.1 LET pues no se trata de incorporar titulados en una fase de adiestramiento inicial sino de personal ya formado e, incluso, con cierta experiencia⁵⁶.

Las diversas «reglas particulares» que introduce en el régimen de esta modalidad contractual son, atendiendo a la triple clasificación aquí seguida, las siguientes:

a) Reglas de *mejora técnica* de la redacción precedente. En este grupo creemos posible incluir los tres siguientes enunciados normativos:

- Delimitación del ámbito subjetivo de forma restrictiva, de forma que sólo se habilita para concertar este contrato «con quienes estuviesen en posesión del título de Doctor», por tanto no cualquier Título Universitario Superior. Esta precisión constituye una novedad respecto a la versión anterior, perfectamente explicable por la finalidad perseguida por la norma, no así aquella relativa a la exención del límite de los cuatro años –o seis en el caso de minusválidos– a que se refiere el precepto estatutario, que ya estaba recogida antes.
- Concreción del objeto del contrato: el trabajo a desarrollar consistirá «en la realización de actividades, programas o proyectos de investigación que permitan ampliar, perfeccionar o completar la experiencia científica de los interesados». En realidad no estamos ante ninguna particularidad normativa, pues no es sino una concreción de la regla prevista en la letra a) del artículo 11.1 LET, y pretende dar transparencia y seguridad jurídicas a este contrato, evitando derivaciones abusivas de esta contratación, por otro lado tan frecuentes en la práctica.
- Prohibición de contratación reincidente: se prevé igualmente que ningún investigador pueda ser contratado, «en el mismo o distinto organismo y con arreglo a esta modalidad, por un tiempo superior a cinco años». De nuevo estamos ante una precisión que no representa particularidad reguladora alguna, pues viene a concretar la regla de análogo tenor e igual finalidad antifraude contemplada en la letra c) del artículo 11.1 LET. De ahí, que pueda considerarse reiterativa y, por tanto, innecesaria en sentido estricto, aunque conveniente en el plano práctico.

⁵⁶ BOCG, Serie A, núm. 37-6, pág. 121.

b) Reglas particulares que pretenden una *mejora garantista*. Entre estas reglas de alcance principalmente protector o tuitivo se situarían las siguientes contenidas en el comentado artículo 17 LFCGICT:

- Fijación de un límite mínimo y otro máximo más elevados que los previstos en el régimen común. La duración de este contrato de trabajo no podrá ser inferior a un año, con lo que se establece un límite mínimo que, además de no estar contemplado en la anterior versión, mejora el mínimo previsto con carácter general en el artículo 11.1 LET (seis meses). Sí mantiene el límite máximo de cinco años, según una previsión que no deja de sugerir lecturas opuestas, pues si por un lado flexibiliza el régimen común (máximo dos años, no disponible en su duración extrema ni por la negociación colectiva), por otro puede entenderse, como hace el legislador, que mejora las garantías del régimen estatutario, pues introduce una mayor estabilidad al multiplicar por 2,5 veces el límite máximo. Por lo que una regla inicialmente inteligible como favorecedora de la temporalidad se califica, sin embargo, como una regla orientada a introducir una razonable estabilidad a este tipo de contratos ⁵⁷.
- La garantía de la paridad de trato retributivo. Dadas las condiciones de formación, e incluso de experiencia, que se presumen en este personal contratado, la nueva redacción cuida expresamente de garantizar que su retribución no sea inferior a la que corresponda al personal investigador que realice idénticas o análogas actividades. Sin perjuicio de la ambigüedad que supone siempre esta recurrente referencia a un salario «no inferior» al que le correspondería por razones de cualificación –y clasificación– profesionales, fórmula con la que se evita precisar el régimen retributivo y se elude formalmente la regla de la paridad, parece claro que estamos ante una particularidad que debe entenderse como mejora del régimen estatutario que, si bien de forma subsidiaria, prevé la posibilidad de salarios más reducidos ⁵⁸.

c) *Regla flexibilizadora del régimen extintivo*. También para esta modalidad se establece una condición resolutoria análoga a la prevista para la anterior modalidad, si bien, a diferencia de ésta, se introduce un mayor margen de indeterminación sobre la periodicidad de la prueba evaluadora del rendimiento y calidad del trabajo del investigador, por cuan-

⁵⁷ Es ésta una polémica que ha tenido su «explosión» fundamentalmente con motivo de la reforma de 1997, que pretendió cerrar la vía de la negociación para ampliar los límites máximos de los períodos de duración de los contratos temporales estructurales. Esta reforma fue realizada con un signo garantista, al objeto de evitar una deformación convencional del sistema legal, sin embargo, opiniones autorizadas, como la del Consejo Económico y Social, consideraron, que esta visión era errática, por que lo que en realidad significaba un esfuerzo injustamente denostado de la negociación por mejorar la estabilidad en el empleo, ampliando la duración de los contratos.

⁵⁸ Recuérdese que la letra e) del artículo 11 LET remite en primer lugar, para la fijación del salario, al régimen pactado expresamente en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin perjuicio de habilitar, en defecto de regulación convencional expresa, para fijar un salario que puede «ser inferior al 60 o al 75 por 100 durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo».

to se limita a prever que la actividad desarrollada «será evaluada, al menos, cada dos años...». La situación resultante es aún más grave por cuanto deja una total libertad al organismo público –o institución sin ánimo de lucro– no sólo para establecer la forma de evaluación o control del rendimiento, sino la propia periodicidad, por lo que podemos asistir a relaciones sometidas con mucha frecuencia a estos exámenes o controles de calidad y capacidad, intensificando hasta el extremo tanto la inseguridad jurídica como la dependencia del personal contratado.

Una vez esbozado brevemente el régimen jurídico particular que caracteriza estas dos modalidades de contratación laboral temporal nos vamos a detener mínimamente, en segundo lugar, en desgranar la segunda cuestión que centra el régimen de este precepto reformado. Nos referimos concretamente a lo que en su momento describimos como una **regla de extensión de estas modalidades de empleo temporal** a todo tipo de organismos públicos e instituciones, públicas o privadas, éstas sin ánimo de lucro, que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico. Éste es el objetivo perseguido por la regla incorporada por el apartado 2 del artículo 17 LFCGICT.

En línea de coherencia con la finalidad «promocional» o de fomento de estas formas de contratación, una clara directriz de esta reforma ha sido la de extender de forma generalizada estas modalidades de contratación a todas y cada una de las entidades que desarrollen actividades de investigación y desarrollo tecnológico, salvo que se trate de empresas con ánimo de lucro. A tal fin, junto a los organismos públicos de investigación contemplados en el artículo 13 LFCGICT (ej., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, el Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, el Instituto Geológico y Minero Español y el Instituto de Salud Carlos III; y cualquier otro de este tipo), el artículo 11 LFCGICT habilitaba sólo para contratar personal científico y técnico *ex* artículo 15 LET a los organismos públicos dependientes de la Administración Central del Estado y CC.AA., Universidades, instituciones de carácter público y privado, así como a las empresas que desarrollen actividades de investigación y desarrollo tecnológico⁵⁹.

La finalidad perseguida por la norma, el favorecer la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología, exigiría una interpretación expansiva que abarcara a todos los «agentes ejecutores de los programas» incluidos en el Plan Nacional de Investigación y Desarrollo Tecnológico, con exclusión de las empresas. Aunque esta regla expansiva o habilitación legal para contratar bajo modalidades de empleo temporal afecta también a las Universidades Públicas, el párrafo segundo del apartado 2 ha establecido algunas cautelas para evitar un uso desmesurado de este tipo de contrataciones por estos organismos. En este sentido, de conformidad con el

⁵⁹ Un ejemplo de estas limitaciones en Resolución de 21-11-1994 –BOE 13-3-1995– del Rectorado sobre normas de aplicación a la incorporación de Doctores, bajo contratación laboral, a Equipos de Investigación en España mediante Acuerdo de Cooperación de la Universidad Politécnica de Madrid con la Dirección General de Investigación Científica y Técnica.

régimen actualmente vigente en materia de Universidades, si bien a punto de desaparecer por el macroproyecto de Reforma Universitaria ahora en tramitación acelerada, se establece una regla restrictiva («únicamente podrán celebrar... cuando...»), de modo que tal habilitación se condiciona a la concurrencia de dos presupuestos:

- Procedencia de los recursos a cargo de los cuales se realizará la contratación: sólo es posible la contratación «cuando sean beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas para la contratación temporal de personal investigador, científico o técnico, para el desarrollo de nuevos programas o proyectos singulares de investigación».
- Carácter subsidiario de esta contratación: únicamente procederá esta modalidad de contratación cuando no puedan ser realizados «con personal propio», si bien no hace referencia al tipo de personal, esto es, si se trata sólo del personal funcionario o incluye también al personal contratado en régimen administrativo.

En conclusión, y a modo de valoración final, cabe observar que en gran parte este régimen carece de verdadera novedad, al tiempo que cabe dudar de su eficacia, pese a los loables deseos evidenciados por el legislador en el momento de la justificación de la reforma, el escenario más probable derivado de su práctica es una nueva contribución a la fragmentación del mercado, consolidando el estatuto precario del que ya viene «disfrutando» este personal. Finalmente, tenemos la impresión de estar ante una reforma parcial y de «parcheo» en el marco de un proceso de mutaciones mucho más amplio, que tiene como uno de sus objetivos fundamentales una reordenación del sistema de acceso al empleo en las Universidades, especialmente las públicas. Por tanto, quizá fuese más útil no parcelar y englobar estos cambios en una reforma en profundidad del Sistema. En un plano de valoración global, nos parece que esta reforma refleja de presente un tono menor, pero puede representar, en un futuro próximo, una línea más amplia, respecto de la que sería necesaria una mayor reflexión.

3. Un sujeto inexcusable para una política de empleo al servicio del PLANIn: el embrionario estatuto jurídico de las empresas de inserción socio-profesional.

Fruto de dos Enmiendas presentadas en el Senado, una de CiU y otra del GP, ha aparecido en el proceso final de tramitación parlamentaria una nueva disposición adicional, la novena, que presenta un sorprendente e incierto, pero al mismo tiempo esperanzador, contenido normativo. Se trata nada más y nada menos que de la primera vez que una Ley estatal –menos novedad presenta respecto a la legislación de ámbito autonómico– contempla una regulación expresa, si quiera sea con la indeterminación, ambigüedad y parquedad con que lo hace esta disposición adicional 9.^a, de las denominadas *empresas de inserción* de personas en situación de exclusión social –«empresas de promoción e inserción laboral» las llama la norma–.

Bien visto, y en un plano de coherencia conceptual y política, la contemplación en el RD-Ley 5/2001 del «contrato» como instrumento fundamental para la «inserción», en los términos amplios e indeterminados en que se recogía en la originaria redacción del artículo 15.1 d) LET (*contrato de inserción*), ahora en parte desvirtuados tras la nueva redacción, llevaba necesariamente a la aparición en escena del otro instrumento básico de una política de lucha contra la exclusión social asentada en el pilar de la (re)incorporación al mercado de trabajo, la «empresa» (de *inserción*). Otros muchos datos normativos en el plano de la legislación estatal, algunos muy recientes, podrían integrar lo que podemos calificar como la crónica de un nacimiento anunciado: *un estatuto jurídico-estatal, aunque en estado embrionario y de carácter básico, de las empresas de inserción ocupacional*⁶⁰.

En este marco, ciertamente disperso, equívoco e insuficiente, en cumplimiento de los compromisos alcanzados en las Cumbres de Lisboa (marzo 2000) y Niza (diciembre 2000) por el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros español, en su reunión de 25 de mayo de 2001, aprobó el denominado Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España (*PLANIn*). Pues bien entre las múltiples y muy heterogéneas líneas de actuación que se proponen, en coherencia con la Agencia Social Europea aprobada en Niza, se sitúa la potenciación de las políticas activas de empleo para colectivos particularmente desfavorecidos, objetivo que, como se ha visto, constituye uno de los principales ejes argumentales de la reforma de este año. A tal fin, una muy especial atención se presta, por fin, a la regulación legal y apoyo a las «empresas de inserción social». Por su parte, coincidiendo con la aprobación del *PLANIn*, el CES aprobaba el Informe 2/2001, sobre *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, una de cuyas recomendaciones era, justamente, la de proporcionar una regulación estatal de estas empresas⁶¹.

Sólo a la luz de estas consideraciones, que rastrea las piezas más importantes de la ya definida, aunque en fase todavía muy incipiente por lo que se refiere a su diseño jurídico-institucional y en su puesta en práctica, cabe comprender las reglas delimitadoras de aquel embrionario estatuto jurídico de las empresas de inserción que proporciona la disposición adicional 9.^a Ley 12/2001. Esta norma incorpora, ciertamente de forma insuficiente y muy ambigua, tres re-

⁶⁰ Esta idea queda claramente recogida en la justificación de ambas Enmiendas, que aluden expresamente a las medidas normativas para la promoción de la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, en línea con análogo programa de fomento de empleo previsto para el año 2000 en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre. Un comentario similar cabría realizar a la luz de los programas de «rentas activas de inserción» (*vid.* RD 781/2001, de 6 de julio), para un análisis en profundidad de este programa en el marco de renovación de las políticas activas de empleo y de protección social, *vid.* S. DE LA CASA QUESADA-O. MOLINA HERMOSILLA, en próximos números de esta revista.

⁶¹ Entre los aspectos más significativos de este *estatuto jurídico de la empresa de inserción* se refería expresamente, entre otros, a su definición, requisitos de constitución y calificación, registro, sujetos de inserción socio-laboral y procesos de acompañamiento, condiciones laborales y mecanismos de fomento. Líneas similares aparecen en recientes Planes Autonómicos elaborados con análogos objetivos, como el Plan de lucha contra la exclusión social 1998-2005 de la Comunidad Foral de Navarra, aprobado por el Gobierno de Navarra el 22-6-1998 y por la Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento los días 4 y 5 de febrero de 1999. Otras Comunidades están emprendiendo el mismo camino, como por ejemplo Andalucía. En profundidad sobre estos problemas, *vid.* J. L. MONEREO-C. MOLINA. *El derecho a las rentas de inserción*. Comares. Granada. 1999.

glas básicas sobre el régimen jurídico de este nuevo tipo de organización empresarial perteneciente al denominado Tercer Sector, hoy dispersas por toda la geografía nacional bajo las más dispares formas jurídico-económicas, por lo general correspondientes a la Economía Social. Estas reglas son:

- a) Una regla de apertura plena de la actividad de estas empresas en el sector laboral de la contratación, con el consiguiente acceso a las bonificaciones previstas en el programa de fomento de empleo, en los términos previstos en el artículo 4.1.3 Ley 12/2001, con carácter general para todas las empresas o entidades que contraten a sujetos en situación de exclusión social. Una situación que vendrá determinada, por tanto, conforme a los criterios establecidos en esta norma, sin perjuicio de la habilitación al Gobierno para su modificación, estableciendo expresamente también esta regla una remisión al necesario desarrollo reglamentario ⁶².
- b) Proporciona una definición legislativa de empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, basada fundamentalmente en un criterio cualitativo, la delimitación de su objeto social en atención a esta finalidad, como es obvio, y otro cuantitativo, relativa a una dimensión ocupacional mínima dedicada a este tipo de trabajadores (no menos del 30% de la plantilla habitual). Se establece una particular cautela en evitar que estas empresas se conviertan en instrumento de cronificación de la situación de exclusión, exigiendo un compromiso prioritario para el desarrollo de una efectiva capacidad de integrar a estas personas en el mercado de trabajo «ordinario». No es requisito necesario para la delimitación de este tipo de empresas de economía social la inclusión en un Registro Público creado al efecto (requisito formal), puesto que su inscripción es voluntaria, remitiendo su creación al desarrollo reglamentario ⁶³.
- c) Propuesta de un plan de medidas de apoyo a la actividad de estas empresas sobre la base del principio de cooperación, típico de las contemporáneas políticas activas de empleo, asentadas sobre una relación creciente entre los sujetos públicos, los sujetos privados y la iniciativa social (ej., Agencias Privadas de Colocación, SIPes). En este marco programático se hace especial mención a la política de concertación articulada sobre típicos convenios de colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo y las empresas de inserción.

⁶² Literalmente dice el apartado 1 que la «contratación de personas en riesgo de exclusión en los supuestos a que se refiere el artículo 4.1.3 de la presente Ley podrá realizarse por empresas específicamente dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, conforme a los números siguientes y a lo que reglamentariamente se determine».

⁶³ Literalmente, el párrafo segundo define estas empresas como aquellas que, «cualquiera que sea su forma jurídica y actividad económica... dediquen habitualmente no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo al empleo de personas que estén en alguno de los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, para formarles y adiestrarles en el ejercicio normalizado de una actividad laboral; tendrán como fin primordial de su objeto social la plena integración laboral y el acceso al empleo ordinario de las indicadas personas. Dichas empresas podrán inscribirse voluntariamente en el registro público que a tal efecto se determine reglamentariamente».

Como se ve, es mucho lo que se aventura para un futuro próximo, como ya sucediera respecto de los «contratos de inserción». Pero confiemos en que el desarrollo reglamentario prometido no traicione, como ha ocurrido con los contratos de inserción, estas expectativas. En cualquier caso, una plasmación legislativa de todo o buena parte del PLANIn podría ser una buena estrategia para garantizar una metodología y un resultado razonablemente adecuado y a la altura de las circunstancias –aunque la resistencia a traducir en normas legislativas los Planes Nacionales de Empleo, o al menos sus contenidos básicos, como por ejemplo la varias veces comprometida Nueva Ley Básica de Empleo no nos permite augurar la actualización de esta propuesta–.

V. LAS NOVEDADES DE LA REFORMA EN MATERIA DE POLÍTICA LABORAL

1. Un «hito» en el proceso de reformas del Estatuto: la reordenación más «clarificadora» que garantista del régimen de la sucesión de empresa.

Sin duda, uno de los preceptos que ha resultado más incisivamente modificado tras la ampliación de esta primera fase de reforma del mercado de trabajo por la Ley 12/2001 es el «mítico» artículo 44 LET, en el que se regula, con extremada parquedad y notoria insuficiencia antes de esta reforma, el régimen jurídico de la sucesión empresarial. Esta modificación puede considerarse un auténtico «hito histórico», no tanto por el alcance material del cambio, que con ser significativo no representa una mutación radical respecto a la regulación efectivamente aplicada con anterioridad, sino por su singularidad, en la medida en que es la primera vez que este precepto experimenta una reforma. Estamos, pues, ante un auténtico suceso normativo. Desde la versión originaria de 1980, el régimen de la sucesión de empresa ha resistido tozudamente tanto la presión de una de las normas comunitarias más influyentes e incisivas en los ordenamientos laborales, cuanto el extenso e intenso movimiento de reformas del «mercado de trabajo», no obstante la centralidad de esta cuestión en el actual marco de economía competitiva y organización flexible de la empresa y el trabajo.

Insistiendo un poco más en esta última observación, esta resistencia casi numantina es más relevante si se tiene en cuenta el sentido tuitivo (principio de protección del trabajador) que, al menos por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, se ha dado a este precepto, aunque la realidad aplicativa del mismo permita un juicio mucho más matizado y menos lineal o unilateralista. Ha de tenerse en cuenta que la versión modificada de la Directiva comunitaria sobre transmisiones empresariales, so pretexto de introducir una reforma meramente «aclaratoria» del ámbito de aplicación, en realidad consolidó un criterio jurisprudencial restrictivo y corrigió algunos de los aspectos garantistas construidos por la jurisprudencia comunitaria, al tiempo que abrió importantes posibilidades a los Estados miembros para incorporar significativas exclusiones de su ámbito de aplicación, sin duda uno de los aspectos más relevantes, y criticables, de la reforma. En todo caso, y salvo las precisiones que se hagan en este sucinto comentario, cabe catalogar la reforma como

de alcance también eminentemente *garantista*, por lo que revela una sustancial continuidad de opciones de política del derecho, así como de la sistemática interna y estructura jurídica, no obstante la evidente modificación de su redacción y algunos contenidos normativos, particularmente en relación a las denominadas garantías colectivas⁶⁴.

Conviene inicialmente, pues, evidenciar cuáles han sido las razones que han justificado tan «histórica» reordenación normativa del régimen jurídico interno de la transmisión empresarial. Si hemos de creer al propio legislador, a tenor de lo que expresa en la Exposición de Motivos, el motivo determinante de este giro de política legislativa es el compromiso del Estado español para adaptar a nuestro ordenamiento la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, por la que se modifica la célebre, conflictiva, ambivalente y ya derogada Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de éstos (factor de convergencia en el proceso de construcción social del mercado único comunitario)⁶⁵.

Sin embargo, una lectura atenta del nuevo artículo 44 LET y un juicio comparativo con la disciplina comunitaria, evidencia con nitidez que aquella razón de ajuste o armonización no es la única. Para ilustrar esta observación bastará en este momento con recordar que, en gran medida, la adaptación se había anticipado, incluso mejorado, por acción jurisprudencial, por lo que el denominado «efecto útil» de la norma comunitaria ya estaba, en lo sustancial, garantizado. Que la letra del precepto se mantuviera inmodificada hasta ahora no quiere decir que el régimen efectivamente aplicado haya permanecido anclado en la literalidad de la versión originaria, antes al contrario, se ha ido enriqueciendo a través de una importante intervención judicial, como ya sucedería respecto de la propia disciplina comunitaria, en gran medida reflejo de la formalización en reglas legales de reglas creadas judicialmente. A tal fin, se ha seleccionado un catálogo o inventario de problemas interpretativos cuya solución judicial pretende confirmar o consolidar.

En definitiva, no obstante el notorio incremento de su contenido normativo, pues pasa de 2 a 10 apartados, no se ha pretendido establecer un régimen completo de la transmisión de empresa, sino más limitadamente hacer frente a algunos aspectos significativos del mismo, ya por las dificultades

⁶⁴ La sencilla sistemática normativa del artículo 44 LET, que responde al clásico esquema binario sobre el que se ha construido la norma jurídica, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, mantiene plenamente su vigencia tras la transposición de la normativa comunitaria, pues aquella estructura equivale en lo sustancial a la de la Directiva, cuyos principales centros de imputación normativa son: delimitación del ámbito de aplicación y delimitación de las garantías correspondientes, ordenadas a su vez en dos grupos, las individuales y las colectivas. Sí se ha corregido la parquedad de la versión originaria de la norma estatutaria, fuente de múltiples problemas aplicativos.

⁶⁵ A tenor del artículo 12 Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo, queda derogada la Directiva 77/187/CEE, modificada por la Directiva 98/50/CE, si bien salva «las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a los plazos de transposición que figuran en la parte B del Anexo I. Las referencias hechas a la Directiva derogada se entenderán como hechas a la presente Directiva y deberán leerse con arreglo al cuadro de correspondencias que figura en el Anexo II». Esta Directiva consolidada es fruto de la necesidad creada por la peculiar técnica elegida por la Directiva 98/50 para modificar el contenido de la Directiva 77/187, poniendo fin a la imagen de «provisionalidad formal» creada por una revisión normativa que no supuso la derogación de la anterior sino una modificación parcial de su texto, sin alterar su estructura jurídica. El plazo de transposición de la Directiva 98/50 finalizaba el 17-7-2001.

aplicativas evidenciadas a lo largo de este tiempo, clarificando y dando transparencia a soluciones decantadas por la jurisprudencia, ya para adaptarlo a las exigencias de la normativa comunitaria, en particular respecto de los derechos de participación de los trabajadores. Veremos estos cambios ordenados en torno a las dos grandes cuestiones que integran la estructura sistemática y el contenido regulador de este precepto. A saber: delimitación del «presupuesto de hecho» de la norma o del «ámbito material de aplicación» de la misma, por un lado, y determinación de las consecuencias jurídicas o fijación del sistema de garantías, individuales y colectivas, frente a la realidad sucesoria empresarial, por otro.

1. El «ámbito de aplicación» o «presupuesto de hecho» de la normativa sucesoria.

La estructura sistemática del artículo 44 LET se compone, en primer lugar, de la delimitación de lo que entre nosotros se llama «presupuesto de hecho» –denominación clásica en puridad de técnica jurídica–, y en el lenguaje comunitario se denomina «ámbito de aplicación». Este presupuesto de hecho, como se sabe, ha venido reconstruyéndose sobre la base de dos presupuestos, uno *subjetivo*, el *cambio de titularidad* de la empresa o parte de la misma transmitida o transferida, y otro *objetivo*, *autonomía organizativa y patrimonial* del elemento empresarial transmitido, de modo que permita la continuidad empresarial ⁶⁶.

Pues bien, respecto del **primer elemento, el subjetivo**, la reforma no ha introducido la más mínima variación ni, por tanto, precisión alguna ⁶⁷, lo que desde un plano analítico y comparativo puede ser criticable, porque en la práctica se han venido produciendo situaciones conflictivas que quizás hubiesen merecido una decantación clara o inequívoca del legislador, tal y como ha hecho respecto del segundo elemento y en relación al sistema de garantías. La fórmula legal «patria» o «autóctona», que prescinde de cualquier lista enunciativa o *numerus clausus* de situaciones jurídicas generadoras del efecto transmisivo o sucesorio en favor de una cláusula genérica que permita una aplicación máximamente abierta y flexible en atención a las realidades empresariales de cada momento, se aparta claramente de la redacción, más estricta, proporcionada por la normativa comunitaria, pero se adecua perfectamente a la interpretación extensiva realizada por la jurisprudencia comunitaria en relación al denominado «elemento causal» ⁶⁸.

⁶⁶ Para una jurisprudencia reiterada, consolidada y ya plenamente unificada en tal sentido, *vid.* STS 22-5-2000, con referencia a la doctrina elaborada, entre otras, en las SSTS 12-3-1996; 27-12-1997; 3-10-1998; 1-12-1999.

⁶⁷ El vigente artículo 44.1 sigue delimitando el presupuesto de hecho con el «cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma...», mientras que el vigente artículo 1 a) Directiva consolidada sigue delimitando el ámbito de aplicación en «los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión».

⁶⁸ La opción de política del derecho favorable a una interpretación no estricta, conforme a los criterios literalistas, sino expansiva, en virtud de criterios teleológicos y evolutivos, supuso una total neutralización de la conflictividad potencialmente derivada de una comprensión restrictiva de la fórmula legal, de modo que los problemas se concentraban desde este momento, ciertamente temprano, al segundo elemento, al objeto de la transmisión, tal y como reconoció el propio TJUE. *Vid.* F. VALDÉS DAL RÉ. «La transmisión de empresa: encuentros y desencuentros entre derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales». *RL*. Núm. 21.1998. En la jurisprudencia interna ilustrativa es la síntesis de doctrina a tal fin realizada por la STSJ, Sala C-A, País Vasco 17-11-1999.

Por lo tanto, desde el plano del respeto de nuestra normativa al sistema de fuentes vigente, en el que goza de clara primacía el Derecho Comunitario, ningún reproche cabe hacer. Ahora bien, sabido es que la complejidad del tráfico jurídico-económico actual pone de manifiesto nuevas formas de organización empresarial, así como tipos de operaciones jurídico-mercantiles que desafían por completo la capacidad de respuesta del artículo 44 LET. Así, nos encontramos en unos casos situaciones consideradas formalmente transmisiones de empresa que material o económicamente no son tales, al menos no en todos los casos (ej., procesos de «filialización»; operaciones de mercado en el seno de una sola empresa con estructura subjetiva compleja...) ⁶⁹, mientras que en otros casos emergen operaciones materialmente (económicamente) reveladoras de una transmisión que, sin embargo, formalmente no se han considerado como tales (ej., transmisiones accionariales, incluidos los paquetes de control de empresa) ⁷⁰.

En definitiva, en éstos, y en otros casos, actuales o de futuro, la simple fórmula del «cambio de titularidad», ya sea transparente o no transparente, tradicionalmente considerada poco conflictiva, dada su flexibilidad causal (indiferencia del negocio o acto jurídico determinante de la sucesión), al día de hoy, por su simplicidad y exceso formalista, presenta importantes problemas para gobernar correctamente todos los supuestos que desde un plano analítico y circunstanciado se presentan ⁷¹. La permanente identificación del cambio de titularidad con el cambio de empresario-persona jurídica con el que se mantiene una relación formal de trabajo, de modo que sólo la pérdida o conservación de la personalidad jurídica independiente, salvo acreditación de abuso o fraude, sería determinante de la aplicación o exclusión del artículo 44 LET, se revela ya como un criterio insuficiente. Por lo que se hace preciso buscar criterios más coherentes con las actuales realidades socio-económicas, en línea con la mejor tradición antiformalista acumulada en la aplicación de este vetusto precepto, en alguna medida rota por algunos criterios restrictivos que la práctica económica ha terminado imponiendo recientemente a la jurisprudencia ⁷².

En lo que concierne al **segundo elemento** caracterizador del tipo o supuesto de hecho del artículo 44 LET, el referido al **objeto de la transmisión**, sí cabe apreciar una modificación im-

⁶⁹ Vid. SSTs 12-12-1988; 24-9-1990, ar. 7045; 15-3-1991; 27-10-1994, entre otras. Para la aplicación de la Directiva comunitaria sobre transmisión en el seno de los grupos de sociedades, vid. STJCE 2-12-1999, asunto C-234/98, Caso Allen *et alri* respecto del grupo británico Amco.

⁷⁰ Vid., corrigiendo una reiterada doctrina judicial del TCT, SSTs 19-1-1987 y 29-11-1994, luego seguida con práctica unanimidad por la doctrina de los TTSSJ. Una crítica a esta doctrina formalista puede verse en C. MOLINA NAVARRETE. *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*. Comares. 2000.

⁷¹ Por todos, J. L. MONEREO. *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*. MTSS. Madrid. 1987; Íd. *Transmisión de empresa en crisis y derecho concursal*. Comares. Granada. 1999. Para un detenido y, en líneas generales, acertado análisis jurisprudencial, vid. C. MARTÍNEZ. «Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación». *RL*. Núm. 11.1999.

⁷² Ciertamente no existe una razón definitiva para apostar por la técnica de la definición general del tipo, o bien por la técnica del listado o enumeración amplia de los distintos supuestos (formas o procedimientos que generan la transmisión empresarial exigida de tutela), pues tienen sus ventajas e inconvenientes, como prueba la propia diversidad de opciones presente en los Estados miembros de la Unión, pero es claro que una mayor atención a los diferentes negocios jurídico-económicos a través de los cuales se canaliza la transmisión en la economía contemporánea, precisando algunas diferencias en atención a los concretos supuestos, puede suponer una mejora tanto de la certeza o seguridad jurídicas como del nivel de garantías.

portante a primera vista, aunque el cambio es más aparente que real, pues en verdad no estamos sino ante la introducción de una nueva formulación en la redacción legislativa que persigue tan sólo, otra cosa es que consiga, clarificar esta vertiente objetiva del ámbito de aplicación. A este respecto, el apartado 2 del nuevo artículo 44 LET transcribe casi en términos literales, aunque no idénticos la letra b) del artículo 1 Directiva comunitaria, estableciendo, de conformidad a la positividad que esta norma hace de la jurisprudencia comunitaria más consolidada, que:

«a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una **entidad económica que mantenga su identidad**, entendida como un **conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica**, esencial o accesoria»⁷³.

Por vez primera nuestro legislador proporciona una definición del ámbito objetivo de aplicación del precepto, para lo que se adopta la técnica definitoria propia de la concepción comunitaria. Ahora bien, esta opción técnica, con sus claras consecuencias en las políticas del derecho y de gestión eficiente de personal, así como de configuración del mercado de trabajo en un entorno de economía competitiva, no resultaba estrictamente necesaria, dada la sustancial acomodación de nuestro ordenamiento sobre transmisión de empresa a la normativa comunitaria, en particular tal y como resulta de la aplicación efectuada sea por la jurisprudencia del TS español sea por la del TJCE, cuya notable y notoria evolución ha sido paralela, anticipando la del primero la experimentada por el segundo. Pero tampoco significa, en realidad, cambio alguno en la comprensión del ámbito de aplicación o presupuesto de hecho del artículo 44 LET, que mantiene también, de esta manera, una sustancial continuidad respecto de la regulación y, sobre todo, jurisprudencia precedente⁷⁴.

De este modo, la lucha por la hegemonía en el sistema de fuentes ordenador de la transmisión de empresas, radicalmente vivida por el TJCE respecto de determinados Tribunales nacionales, como el francés o el italiano, no se ha producido entre nosotros, no obstante alguna apariencia en contrario advertida, quizá con exceso mimetismo y en todo caso expresión de un espejismo pasajero –ej., el polémico, y no bien resuelto, caso de las contrataciones y concesiones administrativas–, por algunos comentaristas atentos a estos cambios de jurisprudencia, cuyo alcance particularmente creador aparece, en todo caso, unánimemente reconocido en todas las experiencias, comunitaria y nacionales⁷⁵.

⁷³ La norma comunitaria encabeza esta fórmula de redacción con la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo...». Una interpretación literal de esta cláusula de salvedad típica, puede suponer tanto una ampliación como una restricción del supuesto recogido en el artículo 44.2. No obstante, una interpretación realista –aunque no por ello la única correcta– y sistemática puede llevar a neutralizar en la práctica esta diferencia de redacción.

⁷⁴ La determinante influencia del TJCE en la delimitación del ámbito de aplicación es unánimemente reconocida por todos, incluida la Comisión, para bien y para mal. Para los caminos de convergencia y disidencia, *vid.* F. VALDÉS. *La transmisión de empresa...* *Op. cit.* 1998, págs. 15 y ss. Para una valoración más unitaria de las diferentes experiencias jurídicas, *vid.* A. OJEDA *et alri.* «Transferencia de empresas: un análisis comparado de la transposición al derecho italiano, francés, belga...». En AA.VV. *La transmisión de empresas en Europa*. Cacucci Editore. Bari. 1999.

⁷⁵ Hasta el punto de ser considerada como un auténtico «paradigma» del método de construcción el edificio jurídico consistente en el Derecho Comunitario del Trabajo.

En un estricto plano técnico jurídico, entre identificar el objeto de la transmisión a través de una cláusula genérica, la *conservación de la identidad de una entidad económica*, inmediatamente concretada en virtud de una técnica definitoria de sentido restrictivo, «conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica» (*concepción organizativa y no funcional de la actividad económica*), según el criterio hoy decantado por la jurisprudencia comunitaria, e identificar aquel objeto transmitido con el conjunto de «elementos patrimoniales que configuran una organización empresarial básica susceptible de explotación», de conformidad con la reiterada jurisprudencia del TS español, *no existe ninguna diferencia conceptual ni positiva o práctica*⁷⁶.

Pese a todo, y aunque no podemos entrar en este momento en un comentario más profundo, que bien merece una reflexión monográfica, conviene dejar aquí claramente advertido que, ni en un plano literal ni en un plano sistemático ni, mucho menos, en una perspectiva teleológica y realista, la nueva regulación consolida de una forma definitiva una determinada interpretación. No hay garantías, ni puede haberlas, de que con esta formulación legislativa se excluya la posibilidad de seguir planteando, tanto en el presente como en el futuro inmediato, viejos y nuevos debates en orden a la delimitación del ámbito de aplicación, pues tanto la realidad compleja y cambiante del sistema económico-empresarial, cuanto la opción casuística del método jurisprudencial seguido por el TS y por el TJCE, así como la propia ambigüedad de los términos legales en una economía cada vez más «inmaterial» y «terciarizada», impiden zanjar definitivamente la cuestión. La «seguridad y la transparencia jurídicas» perseguidas por el legislador comunitario –y por tanto por el legislador nacional–, con esta reforma meramente aclaratoria, aceptada como buena por la mayor parte de la doctrina, más representa un *desideratum* y un objetivo de imponer una opción de política jurídica restrictiva, que una realidad creíble⁷⁷.

⁷⁶ Tal y como entiende el propio TS, que se congratula de ajustarse estrictamente a la interpretación del TJCE, *vid.* 22-5-2000 que, como expresa literalmente esta última, los mandatos de la Directiva «han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el mismo sentido que venía haciéndolo esta Sala del Tribunal Supremo. Así la Sentencia Suzen de 17 de marzo 1997... la Sentencia de 10 de diciembre de 1998... (...) expresamente recogidas en la nueva Directiva sobre el mismo tema...».

⁷⁷ Por todos J. L. MONEREO. *La transmisión... Op. cit.*, págs. 403 y ss. La propia Comisión se ve obligada a reconocerlo, si bien implícitamente, cuando tras asegurar que esta «aclaración no ha supuesto una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE...», inmediatamente tiene que reconocer que eso es así «de acuerdo con la interpretación del Tribunal». Lo que significa que, de la misma manera que ahora el TJCE ha emprendido una opción claramente restrictiva de las posibilidades abiertas por la cláusula general de la formulación legal (SSTJCE Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), descartando la concepción funcional del objeto de la transmisión (empresa-actividad), en otro momento puede producirse un cambio de otro signo, en la línea de la célebre y conflictiva STJCE 14-4-1994 (doctrina Schmidt). A este respecto, ilustrativo es el siguiente argumento extraído de la STJCE 11-3-1997, Caso Ayse Suzen: «en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos». La preocupación por no cerrar las puertas, en la sociedad de servicios, a la transmisión de «empresas-actividad» es clara. Una vez más, pues, la suerte del precepto –y de muchas políticas de gestión empresarial y de los derechos de muchos trabajadores– queda en manos de la actividad jurisprudencial de los Tribunales. *Vid.* para esta evolución, en particular en el ámbito de las contratas y concesiones administrativas, A. HERNÁNDEZ MARTÍN. *Las contratas de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia...: de la sentencia Schmidt a la sentencia Hernández Vidal*. Aranzadi Social. 1999. Para la evolución de la jurisprudencia del TS (ej., SSTs 19-1 y 13-3 del año 1990; 30-12-1993; 30-9-1999), también en la dirección de no excluir de forma radical y apriorística, sino más bien matizar o, mejor, condicionar la posibilidad de integrar las contratas administrativas entre los supuestos del artículo 44 LET, *vid.* C. MARTÍNEZ». *Tendencias jurisprudenciales... Op. cit.* pássim.

No ha recogido el nuevo artículo 44 LET, en cambio, otra disposición con pretensión igualmente clarificadora del ámbito de aplicación de la Directiva, ya contenida en la versión ahora derogada, como consecuencia de las modificaciones introducidas en la versión dada en 1998. Nos referimos a la letra c) del artículo 1 de la Directiva, que en realidad contiene dos reglas diferentes, una de sentido incluyente (criterio o norma particular incluyente) y otra de signo contrario, esto es, excluyente (criterio o norma particular excluyente). A saber:

a) *Regla particular incluyente de naturaleza declarativa.*

Esta previsión particular se articula en la integración, meramente declarativa no constitutiva, por cuanto tiene perfecta cabida en la definición general, en el tipo de dos grupos de supuestos de gran importancia hoy:

- Empresas públicas –las privadas va de suyo– que ejerzan una actividad económica, lo que carece de relevancia práctica alguna, dada la vocación omnicomprensiva de la Directiva desde su formulación originaria, en cuanto que no admite excepciones cuando se trate de relaciones regidas por contratos de trabajo –no así cuando se trata de empleados vinculados por otro tipo de relaciones con las AA.PP.–.
- Empresas «sin ánimo de lucro», lo que tampoco tiene ninguna originalidad a la vista de la concepción extensísima, y a estos efectos sí funcional, que tiene el TJCE del concepto de empresa ⁷⁸.

b) *Regla particular excluyente de naturaleza constitutiva.*

El segundo inciso de esta letra c) pretende, al contrario, excluir del ámbito de aplicación de la Directiva un importante supuesto que, de no existir esta regla particular de exclusión, debería entenderse plenamente integrado en su ámbito de aplicación por mucho que también en este caso estemos ante una transcripción literal de un criterio, sin duda muy discutible, del TJCE. Nos referimos a la exclusión de los casos de:

«reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas...» ⁷⁹.

La ausencia de una disposición legislativa interna excluyente de este tipo debe entenderse, en consecuencia, como expresión de un uso tácito de la facultad prevista en el artículo 8 Directiva, a te-

⁷⁸ Vid. SSTJCE 19-5-1992, Asunto C-29/1991, *Caso Redmond Stichting* y 8-6-1994, Asunto C-382/1992, *Caso Comisión v. Reino Unido*, cuya legislación excluía expresamente, antes de la reforma de 1993, de la transmisión las empresas que no asumieran el «riesgo comercial». Como se ha observado con razón, al margen de expresar un nuevo –no creemos que «modesto»– «homenaje a la jurisprudencia comunitaria», revelaría una suerte de «aviso a navegantes», en cuanto advertencia «a las legislaciones nacionales de los países que aspiran a integrarse en la UE». Vid. F. VALDÉS. *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*. MTAS. 2001, pág. 43.

⁷⁹ En este sentido STJCE 15-10-1996, Asunto 298/1994, *Caso A. Henke*.

nor de la cual los Estados miembros pueden excepcionar la aplicación de sus normas en aras del *principio de norma más favorable*. En este sentido, ha de recordarse que es *práctica jurídica* consolidada en nuestro ordenamiento, por mor de una reiterada y firme jurisprudencia del TS –lo que no siempre sucede, al menos con la frecuencia que debería, en este conflictivo ámbito de relaciones laborales–, que el carácter puramente administrativo del proceso de reestructuración o reordenación de una actividad no impide, siempre que se constaten los presupuestos subjetivo y objetivo exigibles con carácter general, la aplicación de la normativa sucesoria respecto del personal laboral⁸⁰.

Del mismo modo, tampoco hay que interpretar en sentido restrictivo o excluyente la ausencia en el nuevo texto legal de una expresa previsión, sin duda sólo de signo aclaratorio y de apoyo, en modo alguno habilitante, de las posibilidades abiertas tanto a la autonomía privada como, sobre todo, a la autonomía colectiva para introducir garantías de subrogación empresarial para supuestos no incluíbles estrictamente en el artículo 44.1 LET. En esta dirección promotora o de fomento de una negociación colectiva derogatoria *in mejus*, nunca *in pejus* por el carácter de orden público e *ius cogens* relativo de esta norma legal, el referido artículo 8 Directiva salva igualmente la facultad de los Estados miembros:

«... de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores».

Aunque este tipo de cláusulas no son frecuentes, por el momento, en nuestros convenios colectivos, sí es posible encontrar algunos ilustres ejemplos de esta posibilidad abierta a la negociación para reforzar las garantías del sistema frente a las distintas formas sucesorias viables en nuestro ordenamiento jurídico y presentes en el tráfico jurídico-negocial, al margen del artículo 44 LET. Este precepto no agota, por tanto, las reglas de subrogación empresarial derivadas de las más diversas formas de «sucesión de actividad económica», concepto más amplio que el de «sucesión de empresa». Pero la producción de aquel efecto garantista respecto de cambios empresariales que no reúnen estrictamente las características del previsto en el artículo 44 LET precisa, como ha reconocido la jurisprudencia, una *regla especial* que así lo establezca. La fuente de esta regla subrogatoria puede ser tanto heterónoma (ley o reglamento), cuanto autónoma (pacto contractual individual, convenio colectivo), si bien son las cláusulas de garantía de este tipo incluídas en los conve-

⁸⁰ Lo que ha sucedido, por ejemplo, respecto de diferentes procesos de transferencia de competencias y servicios, con el correspondiente personal, desde la Administración General del Estado a las CC.AA. (SSTS 3-6-1992; 20-9-1994), o bien en relación a determinados procesos de «funcionarización», con la consiguiente transferencia de personal del sector privado al sector público, tal y como sucedió con los Decretos de «publicización» de las *Ikastolas* o Escuelas Vascas del sector privado, a tenor de la interminable secuencia de sentencias generada desde finales de 1998 hasta finales de 1999 al respecto, con importantes votos particulares que, como se verá, ahondaban en la aplicación de la norma laboral. Vid. SSTS 15-12-1998, la primera, y 29-9-1999, la última registrada. En relación a otros ejemplos de esta aplicación, como el caso de las transferencias de profesores de las antiguas Escuelas Sociales a las Universidades Públicas, vid. STSJ Comunidad Valenciana, 8-2-2000. Para casos de exclusión, por no concurrir los presupuestos del artículo 44 LET, vid. SSTS 23-9-1997; 14-10-1998, respecto de la integración en la Administración Pública del personal procedente de la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana, o respecto de concesiones administrativas rescatadas por los Ayuntamientos para realizar con personal propio, vid. STS 3-10-1998. Para casos de *subrogación empresarial especial, sin sucesión de empresa*, introducida por vía reglamentaria, vid. STS 8-6-2000, con amplio resumen de jurisprudencia.

nios colectivos las que adquieren una mayor importancia, debiéndose estar a sus presupuestos, extensión y límites, no a los del artículo 44 LET⁸¹.

Entre estas cláusulas convencionales, que cuentan con el pleno aval de la jurisprudencia, merecen una especial reseña, junto a las previstas en buen número de convenios sectoriales provinciales sobre sucesión de contratas de limpieza de edificios y locales, las recogidas en la inmensa mayoría, salvo alguna excepción, de convenios provinciales de los empleados de Notarías y Registros –y también de Corredores de Comercio–. De este modo, por el momento, sólo en virtud de la negociación colectiva se salva una situación de desprotección legal derivada de una jurisprudencia que, además de dejarnos perplejos, no dudamos en calificar de *errática y generadora de un tratamiento claramente discriminatorio para estos trabajadores*⁸². Quizá la nueva regulación, no obstante la ausencia de referencia expresa y la continuidad de la regulación específica de la actividad de notaría –y corredería de comercio, ahora integrada–, permitirá corregir esta nefasta jurisprudencia.

El reforzamiento, al menos en apariencia, del concepto de «empresa-organización» respecto del concepto de «empresa-actividad», que supone la recepción de la doctrina comunitaria sobre transmisión, no puede servir para legitimar una exclusión radical e *in toto* de un colectivo de trabajadores que, no obstante, la catalogación como «empresa *sui generis*» de la actividad notarial, siguen estando vinculados mediante relaciones de trabajo. En apoyo de esta afirmación debe recordarse la jurisprudencia comunitaria que flexibiliza hasta el extremo el concepto de empresa, también a efectos de garantizar la protección que brinda la norma comunitaria, siempre y cuando estemos ante relaciones de trabajo y se conserve la identidad de una entidad susceptible de explotación económica, lo que sucede con el traspaso de una plaza de notaría⁸³.

⁸¹ Para que una «mera sucesión de actividad... produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy convenio colectivo, o al menos el pliego de condiciones aceptado por el nuevo contratista». *Vid.* STS 30-9-1999, respecto del polémico caso de la sucesión de contratas de servicios, en particular de actividades de limpieza (*vid.* el resumen de doctrina jurisprudencial del ATS 21-10-1998). Para ejemplos de estas cláusulas de garantía de estabilidad en el empleo en supuestos de sucesión de contratas de limpieza los casos resueltos por SSTSSJ Murcia, 7-2-2000, o Cataluña, 18-5-2000, entre otras muchas, que recogen la reiterada jurisprudencia en materia. Son nulas, sin embargo, como se sabe, las cláusulas de subrogación impuestas a terceros ajenos al ámbito de aplicación del convenio colectivo. *Vid.* STS 28-10-1996. Es también doctrina consolidada, aunque a nuestro juicio carece de adecuada fundamentación, la que sostiene la necesidad de realizar una interpretación literalista y restrictiva de tales cláusulas convencionales de subrogación en sucesiones de actividades económicas que no conserven su identidad organizativo-patrimonial. *Vid.* STS 8-6-1998; STSJ Murcia 7-2-2000.

⁸² *Vid.* STS 6-3-2000, dictada en unificación de doctrina ante las notorias –y justificadas– discrepancias existentes al respecto, y que aplica la misma doctrina excluyente a los empleados de Corredores de Comercios que la establecida para los de Notarías, en línea con el proceso de unificación generado por la disposición adicional 24.ª 1 Ley 55/1999, de 29 de diciembre. Esta doctrina, claramente contradictoria con la temprana calificación de las relaciones de este tipo de empleados como laborales, no obstante la ilegal exclusión por vía reglamentaria, se remonta a 1987 y se recoge en SSTS más recientes como la de 8-11-1994, y múltiples del año 1995 (ej., de 3 y 10 de julio). Diferente parece, aunque lo descarta la sentencia arriba referenciada, la opción deducible de las SSTS 21-4-1998 y 9-6-1998. El TS mantiene la validez, eficacia y vigencia del artículo 75 RD 853/1959, de 27 de mayo, que establece, con dudosa legalidad a nuestro juicio, que la relación laboral de los dependientes se extingue cuando cesa en la plaza el Corredor que los contrató, si bien ese cese se somete a las reglas laborales (*vid.* ya STS 10-11-1995). Vemos, a nuestro juicio, un auténtico dislate.

⁸³ La radicalización del concepto de «empresa-actividad» en relación a la función notarial presenta múltiples contradicciones y se revela contraproducente, pues llevaría hasta el extremo de descartar la aplicación del artículo 44 LET a cualquier empresa de servicios de naturaleza «intelectual» o eminentemente personales.

Tampoco se ha recogido expresamente en la reforma legislativa la exclusión plena o total, hoy fuertemente criticada y carente de adecuada justificación, realizada en el artículo 1.3 Directiva, en virtud de la cual se descarta la aplicación de su sistema protector a los «buques marítimos». Aunque no es frecuente que las normas de transposición incorporen expresamente esta exclusión, apareciendo tan sólo en la regulación belga y británica, no por ello ha de entenderse que el sentido de tal omisión no debe interpretarse necesariamente ni como un «silencio elocuente» ni como una auténtica laguna, sino como el reflejo de un uso tácito de la *facultad de disposición in mejus* (principio de norma más favorable) recogida en el actual artículo 8 Directiva. Así sucede en un ordenamiento como el español, que parte de una calificación del buque como un «centro de trabajo», por tanto, como una unidad organizativa con una estructura específica y una suficiente autonomía de funcionamiento ⁸⁴.

Finalmente, por lo que se refiere ahora a la habilitación contenida en la normativa comunitaria para que los Estados puedan introducir determinadas *exclusiones parciales* de su ámbito de aplicación, resulta igualmente oportuno evidenciar que la norma no ha hecho formalmente uso de la misma, por lo que en principio continuará el mismo régimen de derecho interno anteriormente aplicado. Dejando para después el análisis de dos de ellas –régimenes complementarios y determinadas categorías de trabajadores–, en este momento interesa destacar el complejo, pero extraordinariamente significativo en la práctica, problema relativo a la aplicación de la normativa sucesoria a los supuestos de transmisión de empresas en las que el cedente se encuentre incurso en *procedimientos de insolvencia (concurso)* y, más en general, en *procedimientos de crisis empresarial*. Precisamente, esta facultad de exclusión parcial –afecta sólo a las garantías individuales, no a las colectivas– representó una de las mayores innovaciones de la Directiva 98/50 respecto de la versión originaria, cuyo silencio se interpretó de forma favorable a su aplicabilidad general, corrigiendo en un sentido restrictivo («a la baja») la doctrina construida por el TJCE, que ya a su vez había flexibilizado la rigidez aplicativa derivada de la falta de previsión de la Directiva originaria ⁸⁵.

Como es conocido, el artículo 44 LET, ni antes ni ahora, hace referencia alguna a esta cuestión. Por tanto, hemos de entender que la solución queda remitida al régimen aplicable con anterioridad, puesto que, en principio, la integración judicial de esta laguna, junto a la regla confirmatoria del régimen general contenida en el artículo 51.11 (transmisión de una actividad económica organizada

⁸⁴ Este carácter optativo para los Estados nacionales de la aplicación de la normativa sucesoria a los trabajadores empleados en buques no precisa, pues, de ninguna especificación en tal sentido, como en alguna Propuesta de Modificación aparecía contemplada. En sentido favorable a esta declaración, sin embargo, A. OJEDA *et alri*. «Transferencia...». *Op. cit.* pág. 272. Para un análisis de estos supuestos, *vid.* STSJ Galicia, 24-2-2000, si bien en el marco de una venta judicial del barco pesquero.

⁸⁵ A tenor del artículo 5.1 «Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos... cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente...». Ahora bien, no termina aquí la opción dispositiva de la nueva norma comunitaria, pues junto a una opción sin más desreguladora por parte de los Estados –inaplicación total–, permite optar por una aplicación matizada o condicionada, esto es, flexible y diversificada, a tenor de las diferentes posibilidades abiertas por los apartados 2 [letras a) y b)] y 3, este último respecto de las situaciones de crisis económica grave. Esta regulación expresa un incierto y sombrío «cuadro de convergencias y divergencias entre el legislador comunitario y la jurisprudencia comunitaria», que ya quedara descrito en la propia EM de la Directiva 98/50, y que en la Directiva consolidada quedan más diluidas. *Vid.* F. VALDÉS. *La transmisión...* *Op. cit.* pág. 127.

mediante venta judicial), llevó a un régimen más favorable que el comunitario, aunque también más rígido e, incluso, en determinadas situaciones contradictorio. Ni las razones de seguridad jurídica y transparencia que han servido para introducir en el texto estatutario las soluciones decantadas en la jurisprudencia, ni eventuales razones de oportunidad política relativas a la posibilidad concedida por la norma comunitaria de flexibilizar el uniforme régimen vigente hoy, ni la necesidad de adaptar el régimen vigente al principio de gestión colectiva de todo tipo de procesos de «crisis» y reorganización empresarial, han sido suficientes para persuadir al legislador sobre la conveniencia, menos sobre la necesidad, de una reforma en este punto. Quizá la anunciada reforma del entero Derecho Concursal sea un momento más oportuno para emprender esta inexcusable, y ya urgente, tarea⁸⁶.

2. El nuevo sistema de garantías en favor de los trabajadores «cedidos».

Pero sin duda, es en el segundo componente de la estructura sistemática del artículo 44 LET, donde se han producido los cambios más evidentes, el relativo al sistema de garantías atribuidas a la normativa sucesoria, en aras de asegurar tanto la continuidad del empleo (estabilidad en el empleo) como el mantenimiento de las condiciones de trabajo (estabilidad del estatuto socio-laboral), así como una adecuada participación de los trabajadores en el proceso de reorganización (garantías de transparencia). A tal fin, no sólo se han ampliado las garantías individuales sino también, y sobre todo, las garantías colectivas que permitan acompasar socialmente los efectos derivados de los procesos económicos de reestructuración y reorganización empresarial, lo que tampoco ha tenido tal alcance como para extremar el significado de estas modificaciones, por lo general ya presentes, si bien de forma más dispersa y diluida, en nuestra normativa legal o afirmada por la jurisprudencia⁸⁷.

Pese a todo, es claro que el contenido normativo o regulador del precepto en este punto se ha extendido visiblemente. Para analizar estos cambios vamos a ordenarlos en torno a los dos grupos básicos de garantías que, típicas de la norma comunitaria, ahora aparecen sistematizadas en el nuevo artículo 44 LET. A saber:

⁸⁶ Como se ha observado acertadamente, una «reforma parcial y aislada» del Derecho Concursal, como la que supondría una reforma del régimen vigente de la sucesión de empresas en procesos de insolvencia, o incluso, de crisis empresarial, en una línea próxima a la política del derecho marcada por la derogada Ley de Reversión e Industrialización de 1984, introduciendo un mayor protagonismo de la negociación colectiva, tal y como permite hoy la Directiva Comunitaria, «no solamente podría producir unos efectos contrarios a los perseguidos...», sino que incluso «su puesta en práctica tropezaría con obstáculos jurídicos de envergadura». Vid. F. VALDÉS. *La transmisión...* Op. cit. pág. 139. Para el mejor estudio hasta ahora existente en esta materia entre nosotros, vid. J. L. MONEREO. *Transmisión de empresa en crisis y derecho concursal*. Comares. Granada. 1999. Sobre el último –o ya quizá penúltimo– anteproyecto conocido de reforma concursal (2000), vid. B. RÍOS SALMERÓN. RDS. 2001.

⁸⁷ Conviene recordar que la aprobación de esta Directiva no ha supuesto en los países miembros ninguna «convulsión» en el régimen tradicional del contrato de trabajo. En este sentido, igualmente obligado es llamar la atención sobre la típica dimensión contradictoria o ambivalente, social y económica, de esta normativa, como todas las integrantes del Derecho Social Comunitario, que pretende «garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas suponen para las empresas de la Comunidad». Vid. STJCE 8-6-1994, C-382/92, *Comisión c. Reino Unido*, Rec. 2435.

- a) *El catálogo de garantías individuales.*
- b) *El conjunto de garantías colectivas.*

Por cuanto concierne a las primeras, las **garantías individuales del trabajador**, cabe reclamar la atención, en primer lugar, sobre las *novedades, más de redacción que de regulación*, que presenta la más característica y principal regla de garantía concedida a los trabajadores respecto de la sucesión empresarial: la *subrogación del empresario* cesionario en la posición jurídico-laboral del empresario cedente (principio de conservación de las condiciones de trabajo).

En este ámbito garantista debe hacerse referencia a dos nuevos enunciados legislativos, el inciso final del apartado 1 y nuevo apartado 4, que, a nuestro juicio, tienen un significado eminentemente clarificador, no realmente innovador, de la extensión del principio subrogatorio *ope legis*: el efecto de continuidad afecta también a todas y cada una de las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo afectadas por la sucesión vigentes en el momento de producirse, incluidas aquellas de origen autónomo, sea convencional, sea contractual, sea unilateral, así como a todas las condiciones en ellas contempladas, incluidas las de naturaleza extralaboral, en particular las relativas a la protección social en sentido amplio, pública y privada *ex* artículo 41 CE. No obstante este efecto aclarador, orientado a introducir mayores elementos de «transparencia» y «seguridad» jurídicas sobre los efectos de la subrogación, no debe infravalorarse la importancia de estas dos nuevas disposiciones, pues afectan a dos cuestiones de extraordinaria complejidad y que han dado lugar a intensos debates jurisprudenciales, sin que hasta fechas recientes se hayan alcanzado soluciones judiciales y legislativas razonablemente ciertas y adecuadas.

Por un lado, la incorporación de un inciso final al apartado 1 viene a confirmar *lex scripta* que la **garantía de subrogación se extiende a todas las modalidades del sistema de protección social complementaria**, que abarca por tanto las clásicas «mejoras voluntarias» cuanto la alternativa que hoy suponen los «planes de pensiones», ya tengan su origen en el contrato de trabajo o en una decisión unilateral del empresario (condiciones más beneficiosas) ya, como suele ser más frecuente, en la negociación colectiva. Así, esta regla establece que la subrogación se extenderá, junto a los derechos y obligaciones laborales, a los «de Seguridad Social», entre los que incluye expresamente, a estos efectos:

«los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente»⁸⁸.

⁸⁸ Para la configuración de los planes de pensiones como «un mecanismo de encauzamiento alternativo (...) respecto del sistema legal vigente de las mejoras voluntarias». *Vid.* J. L. MONEREO. «Los planes de pensiones del sistema empleo». Tirant lo Blanch. *Colección Laboral*. Núm. 52. Valencia 1997, págs. 92-93. Con carácter general, sobre la conservación de las condiciones más beneficiosas de origen contractual o unilateral, en la sucesión empresarial. *Vid.* SSTs 2-12-1992, 10-12-1992; STSJ Canarias/Tenerife, 28-2-2000 (respecto al alquiler de vivienda). Puesto que, como afirma la jurisprudencia, este principio básico «únicamente conduce a fundamentar la eficacia obligatoria de aquella condición en la "fuente" del contrato individual de trabajo, pero no delimita cuál sea el contenido de aquella condición (...), que puede venir referido no estrictamente a la esfera laboral, sino también... a lo social» (STS 15-6-1992; STSJ La Rioja, 1-7-1996), hemos de entender incluidos también los denominados «beneficios sociales», a nuestro juicio, también los que tengan su fuente en la negociación colectiva.

Aunque no podemos ahora detenernos en una cuestión de tanta trascendencia práctica y densidad jurídica como ésta, sí conviene realizar algunas precisiones que ilustren el alcance real de esta novedad. A este respecto, sabido es que, de una parte, la ausencia de cualquier referencia expresa en nuestro ordenamiento a la inclusión de estos compromisos, ni en el artículo 44 LET, que ni tan siquiera refería expresamente a los derechos y deberes de Seguridad Social, ni en otra disposición legal de nuestro ordenamiento, antes de 1995 con la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, ha sido considerada como una laguna perfectamente integrable e integrada con una interpretación sistemática y teleológica del precepto estatutario, como revela una antigua y consolidada jurisprudencia asentada sobre el carácter universal de la sucesión⁸⁹. Por tanto, desde esta perspectiva del «derecho vivo» de la transmisión de empresa, se confirma su significado más clarificador, pues en principio parece más una consecuencia de la técnica de subrogación empresarial, que de innovación de la disciplina sucesoria interna, considerada incluso más favorable en este punto que la regulación comunitaria de la técnica subrogatoria.

Al hilo de esta última observación, de otra parte, igualmente conocido es que, a tenor del artículo 3.4 a) Directiva codificadora o consolidada en materia de transmisión de actividades económicas organizadas, los regímenes complementarios de Seguridad Social son objeto de una exclusión parcial del principio de subrogación de la empresa cesionaria en los deberes de la empresa cedente. En este sentido, «salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros», las garantías individuales de mantenimiento de los derechos de los trabajadores, incluidas las condiciones pactadas mediante convenio colectivo:

«... no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de Seguridad Social de los Estados miembros».

Consecuentemente, quedaba enteramente a disposición de los Estados miembros la extensión de la garantía subrogatoria a los regímenes complementarios de Seguridad Social, por lo que, en principio, la parificación de tratamiento efectuada por el nuevo artículo 44.1 LET, a efectos subrogatorios, entre los regímenes de protección social obligatorios de base legal y los regímenes voluntarios, de base profesional, no era una exigencia inexcusable del Derecho Comunitario. Sin embargo, este carácter optativo (facultad de disponer sobre la aplicación de la norma)⁹⁰, característico de una norma comunitaria que prefiere una armonización parcial sobre bases volunta-

⁸⁹ En doctrina, por todos J. L. MONEREO. *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresas*. MTSS. Madrid. 1987. Para un ejemplo reciente, a título ilustrativo, y en relación a un caso de mejoras voluntarias de Seguridad Social pactadas en convenio colectivo, *STSJ Galicia, 24-11-2000*.

⁹⁰ Frente a la opción de política del derecho concretada en la versión original, que decidió por su propia fuerza normativa excluir, de forma constitutiva, los regímenes complementarios de la garantía de subrogación, sin perjuicio claro está del principio de mayor favorabilidad de la norma estatal, la versión modificada de 1998 prefirió introducir una nueva formulación, configurándola ahora no como exclusión automática por mor de la norma comunitaria sino como supletoria, abriendo la vía de distintas posibilidades nacionales.

rias y regímenes flexibles y diversificados, no es pleno, y queda sometido a una condición garantista (cláusula correctora o moderadora de parte de los efectos de una plena excepción aplicativa), cuya interpretación plantea significativos problemas. Así, la eventual exclusión por los Estados miembros de esta garantía no podrá perjudicar el deber de éstos de adoptar las:

«medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en la letra a)» [art. 3.4 b) Directiva consolidada; art. 3.3 párrafo segundo de la versión original].

La comprensión conjunta de ambas disposiciones no es nada fácil, pues ambas reglas no mantienen una estricta relación de regla general (facultad de inaplicación como regla general) regla excepcional (corrección de los efectos de la regla en determinados casos), hasta el punto de proponerse lecturas que evidencian no su carácter cumulativo sino estrictamente alternativo, de modo que la opción por una de ellas permite excluir la exigencia expresada por la segunda (garantía sucesoria de los regímenes voluntarios o tutela de los intereses de activos y pasivos respecto de sus pensiones de jubilación). Sin embargo, sin poder entrar ahora en más consideraciones, sí creemos posible evidenciar cómo la sola garantía subrogatoria no es en modo alguno suficiente, ni en relación al ámbito subjetivo protegido, ni a la naturaleza de las situaciones de interés tuteladas, ni en relación al arco temporal sobre el que se extiende esta tutela, luego asumida, si bien para los supuestos de insolvencia del empleador, por el artículo 8 Directiva 80/987, que revela una misma opción de política del derecho.

En efecto, en relación al ámbito subjetivo de aplicación sólo los trabajadores con contrato vigente en el momento de la transmisión son beneficiarios de la tutela que brinda el artículo 44 LET, mientras que la previsión comunitaria hace referencia también a las «personas que hayan dejado de trabajar ya en el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso». Por lo que respecta a la naturaleza de las situaciones subjetivas protegidas y a las que se extiende la garantía es jurisprudencia consolidada que sólo protege los derechos consolidados, descartando las expectativas de futuro, la norma comunitaria afecta también, en relación a la pensión de jubilación de los regímenes complementarios, a los derechos «en curso de adquisición». Finalmente, mientras que la vigencia de la garantía subrogatoria se limita al momento inicial de la consumación de la sucesión, sin garantizar la inalterabilidad de situaciones hacia el futuro, la garantía de la norma comunitaria a tales efectos se extiende a las secuencias posteriores al hecho transmisorio.

En este contexto, a la vista de esta regla imperativa de introducción de una garantía de continuidad de determinadas prestaciones de los regímenes complementarios, no de éstos *in toto*, parece claro, como se ha recordado recientemente, que «la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias que pide el artículo 8 de la Directiva 80/987 lleva ya implícito el cumpli-

miento del mandato enunciado en el... artículo 3.4 b) de la Directiva...; y a la inversa»⁹¹. Ahora bien, si la ampliación del régimen sucesorio del artículo 44 LET a las diferentes modalidades de protección social voluntaria, ahora por vía de *lex scripta* antes por la vía de los *iura* o reglas de creación judicial, superaba antes, y lo hace ahora, el más exigente *test* de adecuación a la norma comunitaria, no otro tanto podía decirse respecto del mandato imperativo, no supletorio o dispositivo, contenido en la letra b) del artículo 3.4 b) Directiva, en ninguna de sus versiones. Una lectura no aislada sino sistemática de esta regulación estatutaria, sin embargo, debe arrojar un juicio de adecuación también en este punto.

Sin poder entrar mínimamente en el proceso normativo que lleva a fundamentar este juicio positivo, y que afecta a una de las cuestiones de mayor relieve y complejidad de las planteadas hoy en nuestro ordenamiento laboral y en el de la protección social complementaria, que aquí se entrecruzan plenamente, bastará ahora con recordar que el juicio de desajuste entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento nacional se modificará con la modificación, una vez más deslocalizada, de la regulación propia de los Planes y Fondos de Pensiones. La disposición adicional 9.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, al dar nueva redacción a la disposición adicional 1.^a 1 de la LRPFP/1987, dispone la obligación de instrumentar los compromisos de pensiones asumidos por las empresas bien a través de contratos de seguro bien, según hipótesis más frecuente, mediante la formalización de planes de pensiones, exigiendo al mismo tiempo la «exteriorización» de tales compromisos. Pues bien, ha sido por esta vía deslocalizada y «sobrevenida» como se habrían logrado, no obstante, los continuos aplazamientos de su vigencia efectiva, situada ahora en el 16 de noviembre de 2002, «el resultado útil perseguido por el legislador comunitario»⁹².

La segunda novedad orientada a introducir una regla de certeza sobre el alcance efectivo de la técnica subrogatoria, en que se concreta el principio de sucesión universal *ope legis*, se establece en el apartado 4 del artículo 44 LET: la **garantía de mantenimiento de las condiciones colectivamente pactadas en el convenio** precedentemente aplicable a los trabajadores afectados por la transmisión o sucesión. Esta garantía de continuidad queda fijada del siguiente modo:

«Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida».

⁹¹ Vid. F. VALDÉS. *La transmisión...* Op. cit. pág. 109.

⁹² Vid. F. VALDÉS. Op. cit. pág. 115, que hace un interesante análisis comparativo entre normas internas y comunitarias a estos efectos.

En principio, el referido carácter universal u omnicompreensivo atribuido a la subrogación *ex* artículo 44.1 LET lleva implícitamente aparejada la continuidad de todas las fuentes de la relación laboral, como se dijo, por lo que la continuidad del estatuto colectivo fijado en el convenio no debería plantear problema alguno para su admisión, sin necesidad de referencia expresa alguna. Así ha resultado, una vez más, en el momento de aplicación judicial de la norma estatutaria⁹³. Sin embargo, como se sabe, el planteamiento que se ha hecho en nuestro país de esta cuestión adquirió tal grado de confusión, hasta fechas muy recientes, que impulsó un enjundioso pero atormentado debate doctrinal que pronto calaría en los Tribunales, dificultando tanto la comprensión del problema como, claro está, la solución correcta del mismo.

Para percibir adecuadamente el alcance de esta disposición legislativa, una vez más aclaratoria y no revisora o formalmente innovadora de la disciplina efectivamente aplicada, bastará con recordar la confusión que presidió el referido debate judicial –y doctrinal–: se identificó la parte, esto es, una determinada modalidad de concurrencia conflictiva de convenios, con el todo, es decir, la posibilidad de individualizar múltiples situaciones de concurrencia o coexistencia de una pluralidad de convenios en un mismo ámbito empresarial, sin que tengan que suponer necesariamente un conflicto. Dicho en otros términos, reconducida la situación de pluralidad de convenios colectivos aplicables a una misma empresa, como consecuencia del hecho transmisorio, a una simple modalidad de la concurrencia conflictiva o de afectación entre convenios, un sector doctrinal y jurisprudencial consideró necesario descartar la regla derivada automáticamente del artículo 44 LET, que consideraba inaplicable, para acudir a los criterios o reglas de solución aplicable a este pretendido conflicto. En resumen, *lo que es una relación de coexistencia o «cohabitación» de convenios (pluralidad convencional), se convirtió en una relación de conflicto entre convenios (afectación de convenios), por lo que había de acudirse a una regla de solución o composición del mismo*⁹⁴.

El sector doctrinal y jurisprudencial que orientó su rumbo en esta sorprendente, aunque hay que reconocer que sofisticada, dirección interpretativa terminó proponiendo la regla de la norma convencional más favorable a los intereses de los trabajadores *ex* artículo 3.3 LET, descartando tanto la solución «natural», la continuidad del convenio precedente hasta su expiración o sustitución por otro aplicable (art. 44 LET), cuanto la solución preventiva del artículo 84 LET, la regla de preferencia temporal o *prior tempore potior iure*⁹⁵. Adicionalmente, y con la misma lógica casi exclusivamente tuitiva o equitativa que la anterior, pero ahora más discutible todavía dado el carácter *contra legem* frente al carácter *praeter legem* de aquella, determinada doctrina judicial introdujo una segunda derogación a la regulación legislativa de la subrogación, de modo que troque-

⁹³ Vid. SSTS 18-11-1990; 15-12-1998.

⁹⁴ Para una mayor profundización, *vid.* C. MOLINA NAVARRETE. «Comentario artículo 84». AA.VV. (dir. J. L. MONEREO). *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Comares. Granada. 1998, con crítica de la posición, ciertamente argumentada, de A. MARTÍN VALVERDE. «Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo». AA.VV. (dir. E. BORRAJO). *Comentarios a las leyes laborales*. Ed. 2.ª T. XII. Vol. 2.º Edersa. Madrid. 1995.

⁹⁵ Vid. SSTS 18-12-1990, TSJ Cataluña 3-11-1992.

laba una garantía de indemnidad por el hecho transmisorio, por tanto condicionada y provisional, en una garantía de intangibilidad absoluta de las condiciones vigentes en el convenio aplicable con anterioridad, incluso de las más favorables ⁹⁶.

Afortunadamente, las aguas han vuelto a su cauce y la jurisprudencia más reciente ha podido ofrecer, aunque no de forma enteramente pacífica a la luz de ciertos votos particulares, soluciones más razonables y ciertas a este doble debate. Así, respecto de la determinación del convenio aplicable como consecuencia de la pluralidad de convenios coexistentes en una misma empresa, aunque con ámbitos subjetivos diferentes y diferenciables (principio de especialidad), se ha restablecido plenamente la garantía derivada del principio de subrogación. Para la cuestión relativa al período de vigencia temporal de estas condiciones se ha resuelto, igualmente, restaurar el carácter provisional o transitorio de la misma ⁹⁷. En este sentido, el párrafo segundo del comentado apartado 4 garantiza la continuidad «hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o, en su caso, hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida».

A la vista de estas observaciones, otra vez hay que relativizar el alcance normativo de esta aparente «novedad» legislativa. Primero porque no hace sino confirmar, con lo que ello tiene de garantía de seguridad jurídica, en el «derecho escrito» una regla judicial ya existente en el «derecho vivo» de la transmisión, pero sin «crear» ni «poner» nada nuevo. Segundo porque, a estos efectos, la transposición de la Directiva tampoco exigía «terciar» en el debate jurisprudencial, pues ambas soluciones daban satisfacción a las exigencias mínimas de la Directiva, por lo que ciertamente la discusión nacional carecía de cualquier trascendencia jurídica en el plano comunitario ⁹⁸.

Conviene no finalizar el comentario de este apartado sin llamar la atención sobre una novedad que sí presenta la regulación nacional respecto de la comunitaria. Nos referimos a la previsión de una suerte de *cláusula de descuelgue* de la aplicación del convenio vigente en la empresa de origen, anticipando su terminación, a través de un típico «acuerdo de empresa» entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores, hemos de entender a la luz del apartado 5, aunque no se precisa, de la empresa de origen. Se habilita, de esta manera, a la autonomía colectiva, expresada a través de un característico *acuerdo colectivo de empresa modificativo o derogatorio*, a disponer libremente sobre la vigencia del convenio aplicable, que puede ser

⁹⁶ Vid. SSTSSJ Andalucía/Sevilla, 13-12-1994, 11-11-1994.

⁹⁷ Vid. STS 15-12-1998, luego reiterada en la interminable serie de las *Ikastolas*. De interés también la STS 20-1-1997. Ampliamente L. MELLA MÉNDEZ. «Determinación del convenio colectivo aplicable en la sucesión de empresa». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Núm. 211. 2000, págs. 3 y ss., que hace un amplio resumen de doctrina y jurisprudencia, acogiendo en gran medida la interpretación que a nuestro juicio resulta más solvente, la mantenida por F. VALDÉS. «Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa». *RL*. Núm. 3. 1996.

⁹⁸ Vid. F. VALDÉS. *La transmisión...* *Op. cit.* pág. 82.

perfectamente sectorial, con lo que se exceptonaría por vía convencional una garantía *ex lege*, sólo limitada por la «entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida».

Estamos ante una de las principales cuestiones de esta disciplina, destinada a tener nuevos y más incisivos capítulos en el futuro próximo, cual es la redefinición de los espacios tradicionalmente tejidos en esta materia entre las técnicas de intervención legal, hasta hace poco tiempo dominantes, y las técnicas de intervención convencional, principal instrumento de fijación de condiciones de trabajo. Ahora bien, en este punto cabe apreciar que, si bien es cierto que la configuración de esta norma como *ius conges* o de derecho indisponible *in pejus*, no ha excluido la apertura de significativos campos a la actuación de la negociación colectiva⁹⁹, no menos cierto es que en relación a la garantía de mantenimiento de las condiciones pactadas colectivamente, la Directiva no prevé ninguna posibilidad de disposición por la autonomía colectiva. Más aún: los términos de la formulación son especialmente imperativos («el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente...»), por lo que poco margen parece haber para que se exceptone por vía convencional, mucho menos si se trata de los polémicos acuerdos de empresa, tan centrales en la reforma descentralizadora de la estructura convencional en 1994. La polémica, pues, está servida y aquí la dejamos planteada.

No contiene más novedad, ni siquiera de redacción, el artículo 44 LET reformado en relación a esta garantía de subrogación, lo que suscita algún comentario respecto al juicio de adecuación a la técnica transpositiva de la norma comunitaria que aquí sólo apuntamos. Por un lado, en el plano sustantivo, el artículo 44 no concede expresamente un derecho de oposición individual a la transmisión, ni tan siquiera cuando genere una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, lo que es posible si se tiene en cuenta que la subrogación es sinónimo de garantía de indemnidad por la transmisión no de *garantía de inalterabilidad o integridad intemporal*¹⁰⁰. A tal fin, aunque el nuevo apartado 9 sí prevé una garantía procedimental (consulta previa con los representantes legales) para esta situación, no se recoge expresamente el apartado 2 del artículo 4

⁹⁹ Vid. SSTJCE *Daddy's Dance Hall*, 10-2-1988, Asunto 324/1986, Rec. 739; y D. URSO c. *Ercolle Marelli Eletromeccanica Generale*, 25-7-1991, Asunto C-362/89, Rec. 4139. La tendencia a introducir mayores espacios de acción para la negociación colectiva aparece claramente en esta Directiva, tras la reforma, configurándose ciertas reglas como normas dispositivas para la autonomía colectiva (*soft law* o derecho débil o no vinculante), para facilitar la adaptación del régimen normativo comunitario [art. 5.2 b) en relación a los procedimientos de insolvencia; y art. 6.1, en relación a la posibilidad de exceptonar la garantía de continuidad de las instituciones representativas].

¹⁰⁰ Así lo confirma el artículo 4 Directiva, plenamente ajustado con el entendimiento tradicional de esta situación, a la que le es perfectamente aplicable todo el arsenal de instrumentos modificativos y extintivos previstos por el ordenamiento laboral para la empresa cedente, siempre que concurren sus presupuestos no por el hecho de la transmisión, claro está. En este sentido, vid. SSTJCE 12-11-1992, Asunto C-209/91, *Caso Rask & Christensen*; 12-3-1998, Asunto C-319/94, *Caso Jules Dethier Equipement*. Que la normativa comunitaria no contempla un derecho de oposición o resistencia al hecho transmisorio empresarial, pero que tampoco se opone a ello, dejando a la legislación nacional tal posibilidad, en virtud de la norma más favorable, es ya doctrina consolidada del TJCE. Vid. S. 16-12-1992, Asuntos acumulados C-132, 138 y 139/91, *Caso G. Katsikas*.

Directiva, a tenor del cual esta modificación sobrevenida por el hecho transmisorio permite resolver el contrato por causas «imputables al empresario». No obstante, nuestro ordenamiento ya contiene suficientemente esta garantía *ex* artículo 41 LET –no la facultad general de desistimiento del art. 49.1 d) LET, pues en ese caso no habría indemnización–.

Por otro lado, tampoco ha hecho uso el legislador nacional de la facultad de disposición de la garantía de estabilidad en el empleo (garantía de mantenimiento del empleo) recogida en el punto 2 del artículo 4 Directiva, que autoriza a excluir la protección frente al despido por el simple hecho transitorio en relación «a determinadas categorías concretas de trabajadores», siempre que no estén, claro está, protegidas frente al despido, *ad nutum* o sin causa ha de entenderse. Esta exclusión parcial del ámbito aplicativo de la Directiva, sobre cuya interpretación restrictiva ya se pronunció el TJCE ¹⁰¹, podría encontrar alguna utilidad, al menos en un plano teórico, en relación a los regímenes especiales aplicables a los empleados de hogar (art. 8 RD 1424/1985) y a los altos directivos [art. 10.3 d) RD 1382/1985], cuya singularidad obedece a una misma lógica o racionalidad: la pérdida de la relación de confianza que informa sendos regímenes. En este sentido, si respecto a la primera situación es obvio que no ha lugar a plantearse el fundamento de la inaplicación de la garantía de estabilidad, pues sencillamente el cambio de lugar de trabajo nunca puede suponer, por definición, cambio de empresario, lo que excluye esta situación totalmente del ámbito de la norma comunitaria –e interna–, en relación al personal directivo sí tiene sentido la posibilidad abierta por la norma comunitaria ¹⁰².

Finalmente, llama la atención que el legislador tampoco haya reparado en la previsión del apartado o punto 2 del artículo 3 de la norma comunitaria, a tenor del cual se faculta a los Estados miembros para:

«adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que, en virtud del presente artículo, se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones».

No obstante la ambigüedad de su redacción y el carácter radicalmente optativo que presenta, entendemos que la razón de ser de esta norma es introducir un estímulo o fomento a las legislaciones nacionales para garantizar la necesaria transparencia entre los sujetos empresariales implicados en la cesión, lo que por lo demás no deja de ser una obligación exigible *ex bona fidei*. Contrasta esta permanente ausencia de previsión alguna al respecto con una práctica convencional que, si bien limitada a los supuestos de sucesión de actividad económica «no organizada» que contemplan, contempla estos deberes procedimentales a cargo de la empresa cedente.

¹⁰¹ Vid. STJCE 15-4-1986, Asunto 237/84, Caso Comisión c. Reino de Bélgica.

¹⁰² En la actual situación el artículo 10.3 d) RD 1382/1985, que permite al alto directivo extinguir el contrato, con una indemnización compensatoria, por una situación de sucesión empresarial, «siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios». Vid. STSJ Madrid, 21-12-1999.

Ahora bien, a diferencia del régimen de subrogación legal previsto en la norma comunitaria –y por tanto en la interna–, en estos regímenes subrogatorios especiales de origen convencional el incumplimiento del deber informativo sí es causa para eximir al cesionario de las obligaciones impuestas ¹⁰³.

Como último comentario en este trabajo a la regulación de las garantías individuales por cambio de titularidad empresarial, debe evidenciarse la estricta continuidad de la otra técnica garantista recogida en nuestro ordenamiento en relación a la transmisión, la **responsabilidad solidaria**. Incorporada desde el artículo 18 LRL/1976, que de este modo mejoraba la regulación del artículo 79 LCT, en el que tal garantía adicional no se contemplaba, se establece ahora en el nuevo apartado 3 del artículo 44 LET, si bien transcribe literalmente el apartado 2 de la versión originaria de este precepto estatutario. En este punto basta con saludar positivamente esta opción por la continuidad, puesto que sabido es que tan decisiva garantía no se contempla como norma imperativa en el Derecho Comunitario, sino que asume, lamentablemente, un simple carácter dispositivo para los Estados miembros, lo que ha permitido, de nuevo, una diversidad de regímenes ¹⁰⁴.

Por cuanto concierne a las **garantías colectivas** previstas por la nueva redacción del artículo 44 LET, cuantitativa y cualitativamente las más significativas del proceso de reforma. En éstas es donde nuestro ordenamiento revelaba sus auténticas carencias y, en consecuencia, se hacía acreedor de un juicio de desajuste o divergencia con la normativa comunitaria que sólo muy parcialmente ha podido ser paliado por algunas significativas experiencias convencionales, que han tenido la virtualidad de anticipar la reforma en alguna manera. Aunque la reforma de la versión originaria de la Directiva Comunitaria en 1998 no supuso un cambio sustancial en esta materia, sí supuso una importantísima llamada de atención sobre la centralidad que los derechos de participación de los trabajadores en esta modalidad de reestructuración empresarial tenía para garantizar sus derechos, en plena línea de coherencia con lo que es ya una *marcada opción de política del Derecho Comunitario del Trabajo en general*, y del modelo social comunitario de ordenación de los procesos económicos de reestructuración de las organizaciones empresariales en particular.

¹⁰³ Es jurisprudencia unificada que «si la empresa saliente no cumplimenta los deberes que le impone el Convenio Colectivo, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante. La protección... se consigue mediante el mantenimiento de su contrato con la empresa donde prestaban sus servicios hasta el momento; es decir, que, no hay desde luego sucesión en las relaciones de trabajo, pero éstas continúan en cabeza del empresario saliente, quien no puede alegar, como causa extintiva, el mero hecho de la terminación de la contrata; con lo que, o sigue procurando empleo a esos trabajadores, o prescinde de los mismos mediante la indemnización fijada por la ley». *Vid. STS 30-9-1999, cit.* Esta doctrina viene siendo reiteradamente recogida en la doctrina de los TTSSJ, ya muy abundante, relativa a las reglas convencionales sobre sucesión de actividad en empresas de limpieza a la finalización de las correspondientes contratas. Para un caso de contratas ferroviarias, objeto de múltiples conflictos, *vid. STSJ Madrid, 9-3-2000*. Contrasta con este régimen convencional el legal, pues en virtud del inciso final del punto 2 artículo 3 Directiva, en caso de que el cedente «no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso...».

¹⁰⁴ Debe recordarse la doctrina comunitaria según la cual la garantía recogida de forma imperativa e irrenunciable es la subrogación del cesionario en la posición deudora del cedente, de modo que la responsabilidad solidaria para después de la cesión (ampliación o reforzamiento subjetivo), queda a la facultad de los Estados miembros, por lo que «se extinguen las obligaciones del cedente como empresario por el mero hecho de la transmisión y esta consecuencia jurídica no se subordina al consentimiento de los trabajadores afectados». *Vid. Sentencia 5-5-1988, Asuntos acumulados 144-145/87, H. Berg y M. Busschers c. I.M. Besselsen, Rec. 2559.*

Puede ser que vista esta regulación a la luz de los avances experimentados por esta materia en otros ámbitos carezca de verdadera novedad –ej., Directiva sobre despidos colectivos, Directiva CEU...–, pero en un análisis comparado con nuestra normativa interna, sus contenidos y su racionalidad o lógica reguladora, representa un cambio determinante.

No obstante, también en este marco de reforma del sistema de garantías por el hecho transmisorio o sucesión de empresa podemos seguir encontrando cambios que no merecen tampoco el calificativo de auténtica «novedad normativa». A este respecto, es posible ordenar el comentario de esta parte, ciertamente extensa (6 apartados), del artículo 44 LET en dos grupos de reformas. A saber: las meramente clarificadoras o de mejora técnica, por un lado, las derivadas de estrictas exigencias de adecuación a la norma comunitaria y, por tanto, realmente innovadoras, por otro.

En el primer tipo, cabe incluir las *garantías de continuidad de la estructura y funciones de las instituciones representativas*, recogidas ahora expresamente en el nuevo apartado 5 del artículo 44. Estas garantías se subdividen, a su vez, en dos:

- a) **Garantía de conservación de la institución** representativa en los mismos términos que en la empresa de origen.
- b) **Garantía de mantenimiento del estatuto de protección** de los representantes de los trabajadores.

Siguiendo con el esquema dual de análisis que venimos manteniendo para realizar los comentarios de la reforma del artículo 44 LET, vamos primero a poner de relieve el efectivo impacto que tiene en el ordenamiento el nuevo enunciado (juicio de innovación formal), lo que es útil para precisar su sentido práctico, para luego realizar el correspondiente juicio de ajuste a la normativa comunitaria (juicio de acomodación), lo que da la medida, sea de la necesidad concreta de la reforma cuanto de eventuales problemas de coordinación. Por cuanto concierne al primero, conviene también a esta reforma los juicios vertidos en relación a la práctica totalidad de cambios de redacción en materia de garantías individuales, de modo que la positivización legislativa de una regla jurisprudencial previamente creada en aplicación del precedente texto normativo vuelve a ésta en la base del cambio. De nuevo, la ausencia de un *enunciado* o proposición normativa que de forma expresa, directa y nítida exprese estas garantías, sea en el artículo 44 LET sea en su Título II –y paralelamente en la LOLS para los representantes sindicales–, no ha impedido la existencia de una *regla* que establezca estas garantías *ius positivum*¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Como ha sostenido la jurisprudencia, «lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido, y no la empresa, sin que dicho cometido se vea afectado por la integración o asunción de la titularidad por un nuevo empresario». Vid. STS 23-7-1990, luego seguida por los TTSSJ, como el de Cantabria, S. 13-4-1999, o Valencia, 2-6-1998, o la más reciente de 13-1-2000.

Este estricto sentido clarificador y de ajuste a una jurisprudencia previa nos suministra ya una pista importante sobre el segundo juicio, el de adecuación a la normativa comunitaria, por cuanto el resultado a que ha llegado nuestro ordenamiento antes de la transposición no se aleja del alcanzado por la jurisprudencia comunitaria y luego recogido en la Directiva 98/50 en este punto. Un juicio de sustancial, no literal, de adecuación o acomodación de la fuente nacional a la comunitaria que se produce tanto si la empresa o centro de actividad conserva su autonomía cuanto si éstos no conservan tal autonomía, y por tanto estamos ante transmisiones que conllevan la expiración del mandato, si bien en este caso la identificación de la regla precisa la reconstrucción de un disperso arsenal normativo [art. 67.1 párrafo 5; art. 67.3; art. 68 c) LET ¹⁰⁶].

Ahora bien, una vez que el legislador ha considerado conveniente, lo que ha de valorarse positivamente en el plano de la política del derecho y también de la técnica jurídica, transponer de modo expreso la Directiva, está obligado a poner el mejor empeño y aprovechar la ocasión para afrontar no sólo con criterios de certeza sino de eficacia y, en todo caso, de coherencia la reordenación normativa y sistemática de la disciplina correspondiente, manteniendo lo más fielmente –que no literal– su sistemática interna y su estructura jurídica. No ha sido así tampoco en este punto. Por un lado, la transposición se muestra formalmente incompleta, por cuanto sólo hace referencia expresamente a los cambios de titularidad empresarial cuando la unidad económica organizada transmitida mantiene su autonomía, omitiendo cualquier referencia, ni tan siquiera a efectos clarificadores, a otros supuestos particularmente contemplados en la norma comunitaria, como son las transmisiones de actividad económica que no conserven su autonomía o cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente ¹⁰⁷.

Por otro lado, tampoco la formulación del texto nacional se ajusta estrictamente a la estructura de la regla contenida en el párrafo 2.º del artículo 6 de la Directiva, en la medida en que configura como disponible para la autonomía colectiva el mantenimiento de la institución representativa, siempre y cuando «se reúnan las condiciones necesarias para la nueva designación de los representantes de los trabajadores o para la nueva formación de la representación de éstos». La formulación imperativa que asume el apartado 5 del artículo 44, al dar a entender que «seguirán ejerciendo sus funciones» en todo caso, contrasta tanto con las posibilidades abiertas por la ordenación de esta cuestión en el Título II, donde hay un mayor margen a la autonomía colectiva, cuanto a la opción seguida en el párrafo 4, cuando en este punto la Directiva era precisamente imperativa.

¹⁰⁶ Como se ha sostenido, las eventuales limitaciones materiales, como la derivada del artículo 68 c) LET, «no se opone, sin embargo, a la garantía enunciada en el artículo 5.2 de la Directiva 77/187, cuya finalidad no es establecer un plus de protección en favor de quienes pierden la condición de representante de los trabajadores como consecuencia de las transmisiones de empresas sino, y ello es bien distinto, asegurar que en esta modalidad de extinción del mandato le sean aplicables las medidas de protección previstas con carácter general». *Vid. F. VALDÉS. La transmisión... Op. cit. pág. 88.*

¹⁰⁷ En todo caso ya hemos visto que el carácter legal de la representación unitaria de los comités de empresas –o delegados de personal– garantiza suficientemente la existencia de una adecuada representación de todos los trabajadores de una empresa, al margen de su procedencia, en tanto no tenga lugar una nueva elección o designación, lo que también se posibilita en nuestro ordenamiento cuando se produce un aumento del censo electoral. La desvinculación empresarial nunca supone, en nuestro Derecho, un vacío representativo sino la incorporación a otro órgano (arts. 62.1 y 63.1 LET).

En el segundo tipo de garantías colectivas, aquellas que **sí suponen, por fin, una auténtica innovación normativa**, hay que situar las que podemos denominar **garantías de procedimentalización** de la decisión empresarial de reestructuración bajo la modalidad de transmisión, destinadas a atribuir un poder de control y de participación a los trabajadores, por sí o, sobre todo, por sus representantes, sobre estas políticas de gestión y organización del trabajo ¹⁰⁸. Estas garantías, que reflejan una vez más la importancia del reconocimiento de derechos de comunicación y expresión colectiva para avanzar en el proceso de «democracia industrial», uno de los ejes argumentales del modelo social comunitario de relaciones laborales (*principio general del Derecho Social Comunitario*), son dos:

- a) **Garantía de transparencia** del proceso de transmisión: los derechos de información pasiva.
- b) **Garantía de participación** en el proceso de toma de decisiones: el derecho de consulta.

En relación al primero de estos derechos, el **derecho de información**, los apartados 6, 7 y 8 constituyen una transcripción prácticamente literal de las previsiones recogidas en el artículo 7 de la Directiva comunitaria, y que difiere sensiblemente del régimen interno anterior, en el que sólo una interpretación voluntarista y forzada podía permitir entender ajustada nuestra regulación a las exigencias comunitarias. Este régimen se articula en los siguientes derechos de información:

- Deber los dos empresarios afectados, cedente y cesionario, de informar a los representantes legales de sus respectivos trabajadores afectados por el cambio de titularidad, en relación a un contenido mínimo [fecha prevista, motivos, consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión, y medidas previstas respecto de los trabajadores (apartado 6)].
- Reconocimiento de la obligación de asumir este deber de información, en los mismos términos que antes, pero de forma directa hacia los trabajadores, cuando no existan representantes legales (apartado 7). Aunque la norma comunitaria precisa que esta carencia debe obedecer «a motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores» (art. 7.6), la norma interna omite esta referencia, lo que evidencia una opción más amplia pues bastará con que no existan representantes de este tipo, aunque sea por falta de interés de los trabajadores de llevar a cabo los trámites necesarios para obtener la representación a que tienen derecho legalmente, pero que no se les puede imponer.

¹⁰⁸ Como advierte el Considerando 2.º de la Directiva consolidada, la «evolución económica implica, en el plano nacional y comunitario, modificaciones de la estructura de las empresas, que se efectúan, entre otras formas, mediante trasposos a otros empresarios de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o cesiones». Por tanto, para proteger efectivamente a los trabajadores en caso de cambio de empresario, conviene igualmente desarrollar y profundizar los derechos de información, consulta y participación «...en el momento oportuno, y en particular cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores» (Considerando 5 *in fine*). El Tratado de Amsterdam y la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza, no obstante estar pendiente de una declaración sobre su carácter vinculante, ha reforzado los derechos de participación, una clave del modelo social europeo. Para la centralidad de este sistema de derechos de comunicación y expresión colectiva. Vid. J. L. MONEREO. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. Madrid. 1992.

Ahora bien, la normativa no se conforma con establecer el derecho, determinar los sujetos titulares activos y pasivos, así como definir el contenido mínimo de este derecho, sino que es muy importante garantizar que tal deber se ejerza en términos útiles para que pueda cumplir su finalidad. De ahí que se establezca que el cedente deberá facilitar la información «con la suficiente antelación, y en cualquier caso antes de la realización de la transmisión», mientras que el cesionario tiene como tiempo límite el momento en que de forma efectiva se vayan a ver afectados los trabajadores en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. Se establece una regla especial en relación a los supuestos de fusión y escisión de sociedades, en los cuales, cedente y cesionario habrán de proporcionar la información «en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos» (apartado 8).

Entre los diferentes problemas que suscita esta regulación, y que aquí no podemos comentar para no exceder más de lo permisible la extensión de estos comentarios, uno adquiere especial significación. Nos referimos, a la tradicional, y nunca bien resuelta, cuestión relativa a los efectos de un incumplimiento de estas obligaciones, al margen claro está de las correspondientes sanciones administrativas. El problema básico se centra en determinar si es posible no sólo individualizar una causa de oposición a la transmisión, manteniendo la vinculación a la empresa cesionaria, suspendiendo temporalmente los efectos de la transmisión, sino también oponerse a la transmisión económica misma, condicionando el incumplimiento a la validez del proceso, con lo que se concedería una acción impugnatoria a los representantes –o trabajadores– de la decisión económica. Esta última solución, ciertamente radical, y que supera la «trampa» de la autonomía entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo, en verdad, nunca se ha admitido ¹⁰⁹.

En lo que respecta a la garantía más propiamente participativa, el **derecho de consulta previa**, conviene aclarar que este poder de participación en los procesos de transmisión no nace directamente del hecho de la transmisión en sí misma considerada, sino que está condicionado a la concurrencia de un presupuesto adicional: la adopción de medidas laborales que afecten a los trabajadores. El cedente o cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores, vendrá obligado a iniciar un «**período de consultas con los representantes legales** de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores».

Como sucede en relación al derecho de información, la norma establece algunas condiciones orientadas a garantizar la eficacia de este derecho. Así, por un lado, vuelve a exigir que, en el plano temporal, se produzca «con la suficiente antelación» (tiempo útil), lo que exige en todo caso que sea «antes de que las medidas se lleven a efecto». Por otro, como es característico en la regulación de este tipo de garantías procedimentales presente en otros ámbitos normativos y de gestión, se pretende evitar que esta tutela derive un mero trámite intrascendente y burocrático, para lo que se exige un «deber de negociar de buena fe» con vistas a la «consecución de un acuerdo». Finalmente, cuando estas medidas se concreten en traslados o en cualquier otro tipo de modificacio-

¹⁰⁹ Vid. J. L. MONEREO. *Las relaciones...* op. loc. cit.

nes sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo se remite, como es lógico, a la normativa ya prevista en los artículos 40.2 y 41.4 LET. El alcance real de la innovación se limita, en consecuencia, al reconocimiento de un derecho de consulta previa respecto de traslados y modificaciones sustanciales individuales y plurales, o en relación a medidas distintas al traslado o modificación sustancial –ej., cambios funcionales no sustantivos; suspensión de contratos–¹¹⁰.

En todo caso, esta garantía evidencia el sentido económicamente condicionado que tiene esta norma de protección de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, por cuanto vuelve a confirmar que la transmisión en nada perjudica las posibilidades de gestión del empresario cesionario. Un condicionante económico que, aunque parezca lo contrario, aparece en el último apartado del remozado artículo 44 LET, que establece la típica cláusula de salvaguarda de la efectividad de las garantías colectivas independientemente del sujeto empresarial realmente responsable de la transmisión, de modo que no, como ya se prevé respecto de los despidos colectivos (art. 51.14 LET), cabe eximir de tales obligaciones cuando la decisión relativa a la transmisión no proceda directamente del empresario cedente, sino por la empresa que ejerza el control sobre ellos (apartado 10). Esta previsión supone, sin embargo, una tutela «debilitada», pues implica una regla de irrelevancia jurídico-laboral del grupo económico que contrasta fuertemente con la realidad empresarial actual, hasta el punto de que no imputar al efectivo responsable de la decisión obligaciones de información puede neutralizar materialmente, o en todo caso relativizar, la efectividad de los derechos contemplados¹¹¹.

En conclusión, tras el detenido –aunque no exhaustivo– comentario efectuado del nuevo artículo 44 LET a la luz del sistema de fuentes vigente revela que, en términos generales, el cambio normativo es más de extensión formal que de intensidad reguladora. Ciertamente, ha caído uno de los últimos bastiones representativos de la versión originaria del Estatuto, pero el objetivo de la reforma se identifica más con la clarificación de un determinado inventario de cuestiones a la luz de la jurisprudencia del TS, que con una innovación real de nuestro régimen transmisorio ya efectivamente vigente, ni para mejorarlo, introduciendo un mayor nivel de garantías, excepción hecha de las garantías colectivas, ni para corregirlo *in pejus*, aprovechando las posibilidades de revisión flexibilizadora reconocidas por la Directiva. Sólo respecto de los derechos de información y consulta cabe apreciar una auténtica reforma legislativa de adecuación a la norma comunitaria. Otras importantes cuestiones del amplio inventario que integra el régimen de esta importante modalidad de reestructuración empresarial han quedado, sin embargo, aplazadas por lo que su adecuación plena a las actuales exigencias de la realidad socio-económica sigue siendo una «asignatura pendiente».

¹¹⁰ No ha hecho uso el legislador español de ninguna de las dos posibilidades de excepción que le permite el artículo 7 de la Directiva: recurso a fórmulas arbitrales (art. 7.3 párrafo 1.º), por un lado, inexistencia de un órgano colegiado de representación (art. 7.5) por otro.

¹¹¹ Para la interpretación de estos derechos, si bien en el marco de la Directiva CEU, *vid.* STJCE 29-3-2001, Asunto C-62/1999, *Caso Grupo Bofrost*, en esta Revista, núm. 219-2001.

2. Una nueva pieza del «derecho a la conciliación» de la vida familiar y laboral: la regulación de permisos parentales por nacimientos prematuros.

Siguiendo la habitual, aunque no por ello menos criticable, técnica de la reforma «por goteo» y renunciando, lo que ha de lamentarse aún más, a afrontar con la extensión e intensidad reguladoras que requiere la contemporánea política de fomento de la «conciliación» de la vida familiar y laboral, la disposición adicional 8.^a introduce una novedad que ha sido saludada muy positivamente en los medios de comunicación por su trascendencia práctica. Aunque en principio cabría pensar que se trata tan sólo de «situaciones excepcionales», por tanto de reducido alcance socio-laboral y personal, los estudios estadísticos parecen evidenciar situaciones relativamente frecuentes. Nos referimos concretamente a las modificaciones introducidas en los artículos 37 (permisos retribuidos) y 48 LET (suspensión con reserva de puesto de trabajo) –y normas paralelas de la LRF (art. 30)–, al objeto de mejorar la regulación hasta ahora existente de los «permisos parentales» o por responsabilidades familiares en aquellos casos en los que los nacimientos presenten particulares complicaciones y que, por tanto, requieren una especial atención médica, así como un mayor tiempo de dedicación por parte de los padres.

Como la propia EM de la Ley 12/2001 cuida de precisar, esta reforma pretende seguir la senda trazada por la celeberrima, aunque en buena medida frustrante, Ley 39/1999, de 5 de noviembre, orientada a promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. A través de esta norma, que en gran parte dejaba de tener como referente principal las razones de política de empleo para retornar a las razones de tutela de la persona, al estilo del más clásico paradigma de regulación del Derecho del Trabajo, se procedió a revisar un amplio catálogo de instituciones laborales que presiden el desenvolvimiento de la relación laboral, hasta afectar incluso al sistema de protección social de la maternidad ¹¹². Si enjuiciada desde sus declarados principios esta Ley no deja mucho margen para el optimismo en orden a promover el cambio social y laboral que dice perseguir, aunque mejore sus precedentes, la nueva reforma que ahora pasamos a comentar desmerece claramente respecto de la norma que dice seguir, tanto por su escasa ambición cuanto por su limitado contenido regulador ¹¹³.

El análisis de esta escueta regulación evidenciará lo acertado -o desacertado- de esta observación general. A tal fin, la estructura sistemática y su contenido regulador se ordenan en torno a las siguientes cuestiones:

1.^a Delimitación del ámbito de aplicación o presupuesto de hecho de la nueva regulación que introduce.

¹¹² Para la evolución paralela de esta ordenación, *vid.* STS 11-5-1998.

¹¹³ Para diferentes valoraciones sobre esta Ley, objeto ya de múltiples comentarios, *vid.* J. GARCÍA MURCIA. «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras». *JL*. Núm. 1-2000; J. GORELLI. «La reciente Ley 39/1999...». *RL*. Tomo 2000-I.

En concreto, los supuestos contemplados por la reforma para extender el ámbito de aplicación de determinados derechos ya contemplados en la regulación precedente, formalmente limitada a las situaciones de lactancia y guarda legal, son dos:

- a) Las situaciones de aquellas familias en las que se producen *nacimientos prematuros*.
- b) Las situaciones generadas por el nacimiento de *niños que requieran hospitalización post-parto* ¹¹⁴.

2.^a Determinación de los derechos que concede a los titulares de la responsabilidad parental, esto es, padre o madre, para facilitar el cuidado de los niños en estas situaciones. A tal fin contempla dos grupos de medidas o acciones en favor de promover este deber de atención o cuidado, con lo que la nueva reforma prosigue con el esquema dualista seguido tradicionalmente en nuestro ordenamiento en orden a dar respuesta técnica a la política de protección socio-laboral del deber de cuidar a los hijos –y familiares–. Una protección que se viene organizado en torno, básicamente, bien al derecho a interrumpir temporalmente la prestación de trabajo, que conoce diferentes modalidades, bien al derecho a modificar la jornada de trabajo con vistas a «liberar» tiempo de trabajo para dedicarlo a la asunción de responsabilidades familiares.

A saber:

- a) Extiende o amplía a estas situaciones los derechos ya contemplados para las situaciones de lactancia de menores de nueve meses (art. 37.4 LET) y de guarda legal de menores de seis años –o disminuido–, en los mismos términos y condiciones, definidas en el apartado 6 del artículo 37 LET, por lo que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de los permisos planteará problemas análogos a los ya suscitados por estas tradicionales situaciones ¹¹⁵. Como se sabe, tales derechos, plenamente compatibles entre sí, son:

¹¹⁴ En buena medida, se sigue con la opción acogida en la reforma operada con la Ley 39/1999 al incluir en los supuestos de permisos de dos días, ampliables a cuatro en caso de desplazamiento, los casos de «accidente» y «hospitalización» –en cierta medida también en el art. 37.5 párrafo segundo respecto del responsable del cuidado directo de familiares–. Una reforma que en gran medida se entendió más aclaradora que innovadora, tanto en atención a la regulación ya existente como a la transposición de la Directiva 96/34/CE.

¹¹⁵ La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso corresponderá al trabajador/a, dentro de su jornada ordinaria, pero deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre empresa y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los permisos de disfrute previstos serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento *ex* artículo 138 bis LPL. *Vid.* STS 16-6-1995; STSJ Castilla-La Mancha, 30-6-2000; Madrid, 31-5-1999. En todo caso, el respeto al principio de buena fe es determinante para la solución de estos conflictos de intereses. *Vid.* STSJ Cataluña, 8-3-1999, que además reconoce la *plena compatibilidad* entre ambos derechos (el permiso por lactancia y la reducción de jornada) reconocidos en los apartados 4 y 5 del artículo 37 LET. En contra de la compatibilidad, si bien con voto particular que sigue una línea distinta. STSJ Madrid, 20-7-1998, cuya doctrina debe ser criticada.

- A un *permiso retribuido*, concedido al padre o la madre, *de una hora* para ausentarse del trabajo, al objeto de poder atender al niño en los nuevos supuestos contemplados por la reforma del precepto estatutario (nuevo art. 37.4 bis LET).

A diferencia de lo que sucede con la titularidad de este permiso en relación a la lactancia, expresamente atribuido a las «trabajadoras», lo que es razonable social y biológicamente, aunque no deje de plantear algunos problemas e incongruencias en casos de «lactancia artificial», hoy muy frecuentes, el nuevo permiso por cuidado de niños prematuros o que permanezcan hospitalizados un período adicional se atribuye indistintamente al padre o a la madre ¹¹⁶. Sí vale en cambio la doble crítica tradicionalmente formulada contra la regulación de este permiso. A saber: por un lado, la escasa cuantía temporal de este permiso o licencia para realizar una pausa en el trabajo por estos motivos, en particular cuando requiere desplazamiento en grandes centros urbanos o, al contrario, en zonas rurales donde los Centros Hospitalarios estén muy distantes del lugar de residencia y trabajo habituales, en cuyo caso prácticamente se ve imposibilitado. De ahí, que hubiese sido más adecuado establecer un período variable en atención a las circunstancias del desplazamiento, como por ejemplo sucede en relación al permiso de dos días que el artículo 37.3 LET contempla para atender asuntos familiares en casos de «accidente» y «hospitalización» ¹¹⁷.

Por otro, porque tampoco aclara la solución al problema interpretativo suscitado en la aplicación del permiso de lactancia en torno a su carácter retribuido o no. Sin embargo, una interpretación sistemática con el derecho contemplado en el segundo inciso del nuevo apartado, evidencia que cuando el legislador ha querido acompañar un permiso con una proporcional reducción salarial lo ha establecido expresa-

¹¹⁶ La constitucionalidad del reconocimiento del permiso sólo a la mujer trabajadora fue reconocida por la STCo. 109/1993. Ahora bien, puesto que estamos ante un «derecho individual», atribuido indistintamente a la madre o al padre, no cabe aplicar la doctrina judicial elaborada en torno al artículo 37.4 que exige que, para este disfrute indistinto, en los términos del inciso final de este apartado, ambos trabajen y que ambas relaciones lo sean por cuenta ajena y subordinada. *Vid.* SSTSSJ Galicia, 2-11-1999; Andalucía/Málaga 19-5-2000. Del mismo modo, a nuestro juicio, tampoco debe entenderse aplicable la doctrina judicial que, en aplicación de este mismo inciso, excluye la compatibilidad de este permiso con la suspensión del contrato ex artículo 48.4 LET, máxime si se tiene en cuenta que la hospitalización puede ser causa de interrupción del permiso parental por parto. *Vid.* STSJ Castilla-La Mancha, 25-3-1999.

¹¹⁷ Una cuestión que cabe preguntarse en orden a la duración es qué ocurre respecto de situaciones de parto múltiple con hospitalización prolongada de todos los neonatos. Respecto al permiso de lactancia alguna doctrina judicial ha entendido aplicable una hora por niño, en atención tanto a la finalidad última del precepto (facilitar la alimentación del menor, mejora de la protección familiar) cuanto en virtud del principio pro operario J. S. Pamplona, 8-6-1999. En este caso, la estricta finalidad asistencial o de cuidado pone de relieve una mayor compatibilidad de esta actuación por parte del trabajador o trabajadora, ya que la alimentación está a cargo de la Institución Hospitalaria, por lo que podría pensarse que en este caso no es aplicable aquella doctrina. Además, a diferencia del párrafo 4, el nuevo párrafo 4 bis refiere a los beneficiarios no en singular sino en plural («nacimientos de hijos prematuros...»), lo que podría confirmar esta exclusión. Pese a todo, no creemos descartable, en aras de una mayor protección de los intereses del menor, sujetos beneficiarios en favor de los cuales se reconoce el derecho a los padres, esta interpretación extensiva.

mente en tal sentido. Por tanto, hay que entender, *a sensu contrario* y desde un criterio teleológico, que estamos ante un permiso retribuido, como por lo demás viene sucediendo en la práctica del permiso de lactancia ¹¹⁸.

Aunque respecto de la duración de este derecho el término final no plantea problema respecto a la hospitalización, pues es claro que el alta médica pondrá fin al mismo, más dudoso es determinar el *dies a quem* en el caso de los niños prematuros, aunque parece lógico situarlo en la madurez «normal» del neonato, esto es, los nueve meses. No obstante, entendemos plausible una interpretación flexible cuando se presenten complicaciones adicionales, salvo que sean de tal envergadura que deriven hacia situaciones de cuidado de menores contempladas en otros preceptos –ej., apartado 5 del art. 37 o apartado 3 del art. 46 LET–.

- A una *reducción de jornada* de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

Aunque por la naturaleza del derecho concedido en este inciso final quizás pudiera pensarse que su ubicación sistemática más adecuada hubiera sido la del apartado 5, que recoge los supuestos de reducción de jornada con proporcional reducción de salario, con la consiguiente separación del tratamiento a una y otra facilidades o facultades, una lectura atenta de los diferentes supuestos de hecho permite explicar y justificar la corrección técnica de esta opción legislativa. En efecto, mientras los supuestos de guarda legal de un menor de seis años y de cuidado directo de familiar –hasta el 2.º grado de consanguinidad o afinidad (en los términos de la STS 18-2-1998)– dependiente presuponen situaciones de larga duración y un cuidado intenso por parte de los responsabilidades familiares, lamentablemente en muchísimas ocasiones sin ayuda externa al margen de la propia familia, la nueva situación de asistencia familiar contemplada, en principio con menor frecuencia en la práctica, aquella en que el neonato precisa especial atención sanitaria, por ser prematuro o por cualquier otra causa, además de tener un carácter más provisional y transitorio, al menos inicialmente, presupone la responsabilidad institucional añadida, incluso preferente, respecto de la parental ¹¹⁹.

No cabe duda de su configuración como un derecho individual de la persona trabajadora, hombre o mujer, de conformidad con la opción de política del derecho ex-

¹¹⁸ Vid. STSJ Cataluña 8-3-1999, para este carácter retribuido, elemento que lo diferenciaría de la reducción de jornada.

¹¹⁹ Contrasta con la opción realizada con la Ley 39/1999 pese a que esta norma afectó a muchas más instituciones de la relación laboral. La incorporación del derecho a una ausencia de una hora como nuevo párrafo del apartado 4, y de otro párrafo en el apartado 5, en el caso de la reducción de jornada, probablemente hubiera sido más adecuada. Hubiésemos preferido una opción de técnica legislativa distinta, que no hubiera hecho uso del socorrido pero amorfo apartado *bis*, pues revela una cierta indefinición del legislador sobre su adecuada ubicación y, por tanto, de su comprensión en términos conceptuales, aunque tiene de positivo la mayor facilidad para establecer un régimen diversificado en atención a las diferentes circunstancias y finalidades concurrentes en cada supuesto.

presada en la Directiva 96/34/CE y acorde con la actual promoción de un ejercicio compartido de las responsabilidades familiares. En ambos casos, esto es, tanto el permiso a una pausa de una hora como esta reducción de un máximo de dos horas de jornada, y a diferencia de lo que sucede por ejemplo con el permiso para suspender el contrato por parto, el padre y la madre están contemplados en una posición de igualdad, no subsidiaria la del padre respecto de la ocupada por aquélla, en orden a solicitar esta reducción de jornada ¹²⁰.

Pese a la falta de referencia expresa en el precepto, pues sólo remite específicamente a la aplicación del apartado 6 del artículo 37, y pese a las diferencias reseñadas entre estas situaciones de necesidad asistencial o cuidado familiar y las situaciones de necesidad asistencial generadas por la guarda legal de un menor de seis años o minusválido –o cuidado directo de familiares dependientes–, cabría plantearse la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado 5 en relación al *ejercicio simultáneo* por ambos progenitores del derecho a la reducción. A nuestro juicio, en aras del mayor respeto a la facultad de autodeterminación y autoorganización de los padres en lo relativo a la atención a sus hijos, debe darse una respuesta positiva, máxime si se tiene en cuenta que esta opción encuentra la consabida y recurrente limitación del ejercicio «por razones justificadas de funcionamiento de la empresa» (cláusula general de salvaguarda del interés «superior» de la empresa). No obstante, la menor entidad temporal de esta reducción, así como la duración temporal de este permiso, son elementos que pueden implicar, a su vez, una comprensión diferente de esta facultad empresarial de limitación en atención a las diferentes circunstancias concurrentes respecto de los supuestos de guarda legal de niño menor de seis años o minusválido sin actividad retribuida ¹²¹.

En conexión con esta última observación, conviene evidenciar la distinta técnica seguida por la nueva reforma respecto de la ya recogida en el artículo 37.5 LET, pues mientras en este caso la reducción de jornada contaba con un límite mínimo, 1/3 de la jornada laboral del trabajador o trabajadora, y un límite máximo, 1/2 de esta jornada, en el nuevo supuesto no existe límite mínimo, por lo que queda a libre disposición del titular individual, y el límite máximo se define en términos ab-

¹²⁰ La tendencia a configurar los derechos de protección de los intereses familiares y de armonización de la vida laboral y familiar a través de «derechos individuales» y de ejercicio paritario, conforme a la opción comunitaria, en STSJ Galicia, 27-7-2000.

¹²¹ Lo que por un lado puede suponer un entendimiento más estricto, puesto que la situación es previsiblemente de reducida duración, pues de lo contrario estaríamos en el juego de otras reglas del mismo estatuto para una cuestión que ha de verse como un proceso unitario (cuidado de hijos y familiares en sus diversos momentos), pero, por otro, quizás cabría permitir, en determinados casos, una interpretación más amplia, puesto que la simultánea asistencia hospitalaria puede hacer menos necesaria la concurrencia del cuidado del padre y la madre. La diversidad de situaciones, casos, trayectorias y visiones personales exige una aplicación casuística, personalizada, de este tipo de cuestiones, so pena de traicionar su propia razón de ser. En todo caso, el respeto a las exigencias del *principio de buena fe* sigue siendo central en esta materia. *Vid.* STSJ Cataluña 8-3-1999.

solutos, dos horas de la jornada laboral «habitual», independientemente de la duración concreta de esta jornada. Uno de los problemas interpretativos que puede suscitar este diverso modo de delimitar el período de duración de este permiso se presenta en relación a los trabajadores a tiempo parcial. Puesto que su reconocimiento en estos casos ya no puede plantear problema alguno ¹²², pues tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo (principio de asimilación), la cuestión se centra en determinar si cabe o no el recurso a la regla de la proporcionalidad [art. 12.4 letra d) LET]. A nuestro juicio, « en atención a la naturaleza» de esta facilidad la regla de la proporcionalidad no resulta adecuada ¹²³.

Aunque nada dice el precepto reformado, hemos de entender que esta modalidad de reducción de jornada no tiene un carácter indefinido, como sí puede tenerlo en determinados supuestos de guarda legal *ex* artículo 37.5 LET, pues en el nuevo supuesto contemplado el derecho reconocido presupone una limitación temporal objetiva: el alta médica del niño hospitalizado, bien por ser prematuro, bien por otra causa que exija continuidad de asistencia médica.

b) Configuración como una causa de interrupción del disfrute del permiso parental por maternidad (nuevo art. 48.4 LET).

Sin duda, esta reforma ha sido la generadora de mayores dificultades por cuanto que supone reconocer una excepción a la regla establecida de forma imperativa en el artículo 48.4 LET, así como en la Directiva 92/1985, de conformidad con las cuales el conocido permiso de maternidad o suspensión del contrato de trabajo por parto deberá disfrutarse «de forma ininterrumpida». Sin embargo, el nuevo apartado prevé la posibilidad de que este período de suspensión, si bien en su parte voluntaria u opcional (10 semanas), no así en la de suspensión obligatoria (seis semanas posteriores al parto), pueda «...computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria» e inmediata incorporación al hogar familiar ¹²⁴.

¹²² Sin embargo, la posibilidad contemplada en el nuevo artículo 12.5 letra g) LET, introducida por la propia Ley 12/1991, sólo contempla como circunstancias que autorizan una renuncia al pacto de horas complementarias la «atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 de esta Ley», no las relativas al nuevo artículo 37.4 bis LET. Esta exclusión quizás puede explicarse, e incluso justificarse, por el presumible carácter no sólo temporal sino de duración reducida de la circunstancia contemplada en este apartado *4 bis*, a diferencia del carácter indefinido, o en todo caso indeterminado y de larga duración presumible, de la situación reconocida en el artículo 37.5, no incompatible en absoluto con el supuesto anterior, sino de ejercicio acumulado en atención a las fases de desarrollo, y situaciones, por las que va atravesando el menor.

¹²³ En general para estas situaciones respecto del artículo 37.5 *Vid.* J. GARCÍA MURCIA. «La Ley 39/1999...», *op. cit.* pág. 26.

¹²⁴ La exclusión de estas seis semanas se ha fundamentado en la diferente finalidad que perseguiría la regulación legislativa respecto del resto de semanas hasta completar las 16 –o dos más adicionales por hijo a partir del segundo–: mientras que el carácter imperativo u obligatorio de esta fracción temporal del permiso responde al objetivo de garantizar o facilitar el reposo y la recuperación de la madre, el restante, al configurarse como optativo, pues incluso puede disfrutarse por el padre, parece dirigirse directamente a cubrir necesidades de atención primaria del niño. Para algunos problemas planteados en orden a determinar el *dies a quo* del período de suspensión. *Vid.* STSJ Castilla-León/Burgos, 27-7-1998.

La justificación de esta excepción estaría en el desplazamiento de responsabilidades que se produce durante este período de hospitalización, ya por nacimiento prematuro ya por cualquier otra causa, de modo que el deber de cuidado y atención al niño debido por los padres es sustituido en este momento, si bien parcialmente claro, por el que incumbe a las instituciones sanitarias. Pretendida o presuntamente esta atención institucional relativizaría o, en cualquier caso, reduciría la necesidad de atención parental, por lo que cabría admitir la reincorporación durante este período intermedio a la empresa, para proseguir después el permiso cuando haya salido del Centro Hospitalario, volviéndose a concentrar el deber de cuidado en los padres y sólo en ellos. Desde este punto de vista, se ha defendido en la tramitación parlamentaria y se ha recogido en la EM, que tal excepción al disfrute ininterrumpido del permiso no sólo no quebraría el principio general de tracto continuado consolidado en la Directiva, sino que, al contrario, un entendimiento rígido de esta regla legislativa «vulneraría... *el fin* de las citadas disposiciones»¹²⁵.

En realidad estaríamos, se argumenta desde esta posición de firme defensa de una regla de excepción, para lo que se considera igualmente como situación excepcional, aunque luego se reconozca, paradójicamente, su relativa frecuencia, ante una auténtica *laguna de regulación* que precisa una *interpretación correctora en sentido restrictivo conforme al plan o espíritu de la norma*. En otras palabras, aunque nos encontramos con un supuesto no previsto expresamente en la actual normativa, que no contempla excepción alguna, esto no quiere decir que la norma no admita, e incluso requiera, una exclusión de este tipo, por cuanto resulta acorde con la lógica protectora o «espíritu del mejor bienestar del mismo» (primacía del interés superior del menor). Por lo que, en puridad técnico-jurídica, «ni siquiera sería necesaria la modificación que se propone»¹²⁶, de modo que su sentido sería, como ya sucede respecto de otras reformas introducidas en esta Ley, meramente clarificador del sentido y alcance de la norma, con lo que procura evitar interpretaciones diversas perjudiciales tanto para el principio de seguridad jurídica como del principio de protección del interés del menor, ambos constitucionales.

Aunque a nuestro juicio las razones alegadas por los autores de la norma son menos evidentes y lineales de lo que afirman, pues es claro que desde un punto de vista biológico, médico y sociológico las relaciones de los padres con el bebé son muy importantes, precisando no sólo los cuidados médicos, entendemos que cabe admitir un juicio de conformidad a la norma comunitaria con la actual regulación. En la medida en que esta interrupción no se impone a los padres sino que queda a su elección, son ellos los que deben decidir en esta fase lo más conveniente para el niño, sin que al reforzamiento o ampliación de esta *facultad de autoorganización* se pueda oponer norma de *ius cogens* absoluto alguna, pues el período afectado ya está

¹²⁵ Vid. Enmienda núm. 180, B OCD, 27-4-2001, Serie A, núm. 37-6, pág. 117.

¹²⁶ *Ibidem*.

contemplado como disponible para ellos, naturalmente siempre que se organice de la forma más conveniente para la atención del niño, interés prevalente aquí protegido. No obstante, ya hemos tenido oportunidad de evidenciar que las reformas emprendidas son notoriamente insuficientes para la satisfacción efectiva y plena de estas especiales necesidades de atención, por lo que de nuevo estamos ante una reforma necesaria pero insuficiente ¹²⁷.

- 3.^a Fijación de las correspondientes reglas de convergencia de estatutos protectores en esta materia entre los empleados privados y los públicos, garantizando las reformas correspondientes a la paralela regulación funcionarial (modificación del art. 30 Ley 30/1984).

Como ya es habitual desde los primeros precedentes de estas reformas orientadas a promover la conciliación de la vida laboral y familiar, y reflejo de un creciente, aunque lento y no lineal, proceso de convergencia entre ambos estatutos profesionales por cuenta ajena, el «funcionarial» y el «laboral», la reforma proyecta la nueva regulación en los mismos términos para los funcionarios ¹²⁸. Tan sólo en relación al derecho a reducir la jornada de trabajo en un máximo de dos horas se contempla alguna variante, relativa a la fuente reguladora de la correspondiente reducción, no propiamente salarial sino de «retribuciones», para lo que la norma legal remite a la potestad reglamentaria «la disminución de jornada de trabajo y la reducción proporcional de retribuciones».

- 4.^a Establecimiento de una regla de coordinación o armonización temporal de normas vigentes en diferentes períodos (derecho transitorio), que responde al principio de la mayor favorabilidad de la nueva regulación.

Convencido como está el legislador de que la reforma que introduce, más aclaratoria que noveladora, es más beneficiosa para el bienestar del menor, aporta una regla de retroactividad del nuevo régimen jurídico. Así, considera que quienes a la entrada en vigor de la presente Ley disfruten ya del permiso de maternidad, y al mismo tiempo, tengan hospitalizados hijos prematuros o neonatos por cualquier otra causa, «podrán someter aquellos períodos de suspensión aún pendientes de disfrute, al nuevo régimen jurídico previsto en la presente Ley».

En definitiva, a modo de conclusión, parece clara la marginalidad o, cuando menos, el escaso relieve que, en principio, presenta esta reforma tanto para el fin que dice perseguir –mejorar el cuidado de prematuros o neonatos con complicaciones de salud

¹²⁷ En el debate parlamentario se puso de relieve la importancia que para la mejora de los niños tiene la atención personalizada por los padres, reduciendo incluso el tiempo de hospitalización, por lo que deberían haberse contemplado otras medidas más contundentes, sin que por ello tuviesen necesariamente un coste excesivo ni para la empresa ni para el Estado. En todo caso, es un objetivo que en un país con enormes problemas de natalidad hay que cumplir de forma prioritaria.

¹²⁸ Para el personal estatutario. *Vid.* STSJ Cantabria, 13-11-1997.

en sus primeros momentos–, cuanto de la política más global en la que dice enmarcarse la promoción de una vida laboral armonizada con la persona. Pese a todo, no queremos regatearle el calificativo de pieza más, aunque pequeña, de ese *puzzle* que está dando vida, aunque de forma extremadamente gradual y limitada, a lo que no dudamos en configurar como *nuevo derecho social de la persona a armonizar su vida laboral y familiar*.