

DL

MODALIDADES CONTRACTUALES, DUALIDAD EN EL MERCADO Y REFORMAS LABORALES EN EL BIENIO 2010 A 2012 (II): LA LEY 3/2012

Francisco Javier Calvo Gallego*

Universidad de Sevilla (Grupo PAI SEJ-322)**

SUMARIO: I. EL CAMBIO DE PERSPECTIVA EN LAS REFORMAS DE 2012: EL DESEMPLEO COMO PRIORIDAD Y EL TRATAMIENTO DE LA DUALIDAD DESDE LA FLEXIBILIDAD DEL CONTRATO INDEFINIDO. –II. LAS ESCASAS REFORMAS EN EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL: SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ART. 15.5 ET. –III. LAS MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE LAS RESTANTES MODALIDADES CONTRACTUALES: SU FOCALIZACIÓN EN LA CREACIÓN DE EMPLEO. III.1. El nuevo contrato de apoyo al emprendedor: caracterización general. III.1.1. Observaciones previas: sobre la técnica normativa. III.1.2. Requisitos para su estipulación. III.1.3. El régimen jurídico del contrato: sobre su adecuación al marco constitucional y a los compromisos internacionales del Reino de España. III.1.4. El cierre del sistema: algunas notas sobre el fomento económico como mecanismo de una mayor estabilidad y sobre la posible dualidad de esta propia modalidad. III.1.5. Sobre el riesgo de su posible uso para la cobertura de necesidades temporales. III.1.6. Los primeros datos estadísticos sobre la modalidad y su impacto sobre la tipología de la contratación. III.2. La reforma del resto de modalidades contractuales: en especial del contrato a tiempo parcial y del contrato para el aprendizaje y la formación. –IV. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS REFORMAS FRENTE A LA DUALIDAD NO LIGADAS AL RÉGIMEN DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES. –V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE CENTRAR LA ACTUACIÓN SOBRE LOS MECANISMOS DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONTRATACIÓN FLAGRANTEMENTE IRREGULAR.

RESUMEN

Las reformas de 2012 suponen un cambio radical, no sólo en relación con el papel dado al diálogo social, sino también en los objetivos y, por lo que aquí interesa, en los instrumentos utilizados en la lucha contra el exceso de temporalidad. La segmentación y en general la calidad en el empleo pierden prioridad frente al acuciante problema del desempleo, del mismo modo que frente al buscado equilibrio de las reformas de 2010, la lucha contra la dualidad va a ins-

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

** Proyectos de Investigación DER2012-36755 “Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años” y DER 2009-08766 “La gestión socialmente responsable de la crisis”. Proyecto de Excelencia SEJ-4856 “Régimen jurídico de los mercados transicionales”.

trumentalizarse ahora, no ya tanto mediante reformas de las modalidades contractuales temporales, sino, y sobre todo, mediante una amplia flexibilización y reducción de los costes de salida y un nuevo contrato absolutamente inestable durante su primer año de vida. No obstante, las dudas sobre algunas de estas medidas, unidas al impacto desigual que otras pueden tener sobre los costes de la contratación temporal irregular hacen dudar, no ya sólo de su eficacia, sino también de que este sea el camino correcto para salir material y no formalmente de este problema. De ahí la necesidad de plantear posibles medidas alternativas que no pasen por la simple “precarización” de los sistemas de gestión de la contratación indefinida y que, al menos a nuestro juicio, debieran centrarse en la mejora de los mecanismos indemnizatorios en los supuestos de flagrante contratación temporal irregular.

Palabras clave: temporalidad, segmentación, modalidades contractuales, flexibilidad externa.

I. EL CAMBIO DE PERSPECTIVA EN LAS REFORMAS DE 2012: EL DESEMPLEO COMO PRIORIDAD Y EL TRATAMIENTO DE LA DUALIDAD DESDE LA FLEXIBILIDAD DEL CONTRATO INDEFINIDO

Transcurridos algo más de dos años desde la aprobación del RDL 10/2010, de 16 de junio y con el eslabón intermedio que supuso el RDL 10/2011, de 26 de agosto, fue objeto de publicación la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que, partiendo del anterior RDL 3/2012 de 10 de febrero constituye, al menos en el momento de cerrar estas líneas, el último eslabón de una cada vez más acelerada serie de cambios normativos que sufre nuestro mercado de trabajo.

Lo primero que seguramente debe señalarse en relación con ambas normas es que se trataba —como ya avanzamos en su momento— de un conjunto normativo claramente rupturista con la legislación social anterior, tanto en lo procedimental, como en lo material. Procedimentalmente, por el brevísimo lapso dejado a los agentes sociales para negociar la originaria reforma de febrero de 2012, así como por la escasa atención prestada a sus propuestas¹. Y materialmente, y en relación con el tema que guía estas líneas, por la distinta prelación de objetivos y por los distintos mecanismos utilizados —o más correctamente, por el distinto peso dado ahora a los mismos— en la lucha contra un problema como la dualidad, que, además, quedaba postergado ahora ante el crecimiento desenfrenado del desempleo.

En este sentido, es obvio que tanto el RDL 3/2012 como la Ley 3/2012 parten de un contexto económico y laboral ciertamente diferente al de la reforma de 2010. La nueva normativa se gesta en un mercado de trabajo con más de cinco millones de desempleados, con una tasa de paro cercana en aquel momento al 23%² y con la perspectiva nada descabellada de llegar, durante el año 2013, a los seis millones de desocupados. En semejante contexto, en una situación de crisis estructural, o incluso sistémica, el problema no parecía centrarse tanto —al menos para el ejecutivo y, más tarde, para el propio legislador— en esta faceta de la calidad del empleo —máxime tras la importante caída en la tasa de temporalidad que provocó la crisis³—, como en su simple creación. Y aunque es cierto que la reforma de 2012 sigue haciendo referencias a la

¹ Por todos, J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 18 y ss.; J.M. GOERLICH PESET, “El RDL 3/2012: una aproximación general”, en AAVV., *La reforma laboral en el RD 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia,

² Recuérdese como, de acuerdo con los datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa (EPA) para el cuarto trimestre de 2011 —el último previo a la reforma—, la tasa de desempleo se situaba ya en el 22,85%, con un total de 5.273.600 desempleados, de los cuales 1.428.700 llevaban dos o más años buscando empleo.

³ Nuevamente, y según los datos de la EPA, el porcentaje de asalariados con contratos temporales pasó del 31,9% en el tercer trimestre de 2007 al 24,4% en el primer trimestre de 2010. Y aunque posteriormente experimentó un ligero incremento, con ciertos vaivenes, hasta situarse en el 26% en el tercer trimestre de 2011, en el último de los trimestres de dicho año este mismo porcentaje cayó hasta el 25%.

reducción de la “dualidad” como uno de sus objetivos, lo hace de una manera menos intensa que la de 2010 y, por tanto, supeditada a la creación de empleo, o, incluso si se nos apura, como un objetivo o una finalidad teórica que, en la práctica, pretende legitimar el contenido real de las medidas que el legislador ahora incorpora.

Pero es que, además, esta ruptura se extiende igualmente a los instrumentos teóricamente utilizados con este fin. Así, frente al buscado y en ocasiones complejo equilibrio de la Ley 35/2010, que pretendió dificultar o encarecer la contratación temporal, para, al mismo tiempo, flexibilizar la contratación indefinida, la Ley 3/2012 es, a pesar de cuanto se señala en su Exposición de Motivos, marcadamente unilateral y, desde luego, nada equilibrada⁴ al menos en las técnicas utilizadas en la lucha contra la dualidad y la segmentación laboral. En primer lugar, y por lo que se refiere a la contratación temporal, porque seguramente la búsqueda de aquellas medidas que menor impacto desincentivador pudieran tener sobre las posibles decisiones de contratación hicieron que la reforma de 2012 apenas abordase el régimen de la contratación temporal estructural⁵. Cuestiones como la mejora en la delimitación causal de estas modalidades o la desconexión entre la subcontratación y el contrato de obra o servicio ni tan siquiera aparecen mencionadas en el texto legal, del mismo modo que nada queda de la tan anunciada reducción de las modalidades contractuales⁶. La reforma de 2012 no está por tanto destinada a dificultar o endurecer causalmente la contratación temporal o a luchar contra su uso ilegal. Es más, a poco que se observe se detecta que, de forma aún indirecta ciertas modificaciones pueden tener el efecto de favorecer su posible estipulación. Así sucede —como veremos con más detenimiento— en relación con los contratos temporales a tiempo parcial —posibilidad de realización de horas extraordinarias— o con la eliminación de trabas para reiterar contratos como el de aprendizaje y formación. Pero también sucede con la práctica eliminación de los salarios de tramitación —ya que en el caso de los contratos temporales irregulares de escasa duración resultaba evidente que estos eran el núcleo de una posible indemnización—, con la derogación de la DT 3 de la Ley 35/2010 y la nueva redacción dada al art. 33.8 ET —ya que se amplía el diferencial de salida procedente con los contratos indefinidos—, o incluso con la reducción de una indemnización por despido improcedente que, no se olvide, reduce también el coste de la contratación temporal irregular. Y si bien es cierto que la reforma, como veremos, apuesta por una vuelta anticipada del art. 15.5 ET, lo hace de forma aislada⁷ y retardada, con todos los riesgos que ello puede suponer, más aún si recordamos la experiencia reciente de otras normas del propio Estatuto.

En realidad, en la “lógica” de la reforma de 2012 el núcleo de la “lucha” contra la temporalidad parece concentrarse —incluso expresamente, en la propia Exposición de Motivos— sólo en una de las dos “bandejas” que la Ley 35/2010 pretendió equilibrar: aquella que obviamente también puede generar un mayor impulso a la contratación y que se concentra en una mayor flexibilidad, interna, pero sobre todo —como se deduce de la propia denominación y contenido del Capítulo IV de la Ley 3/2012— externa. Se pretende ahora que la opción del empresario se mueva hacia la contratación indefinida haciéndola mucho más flexible en su gestión, pero sobre todo, y fundamentalmente, en su extinción. Y ello no ya tanto mediante el recurso al pago de parte de la indemnización por parte de unos fondos públicos exhaustos —de ahí seguramente la derogación de la DT 3 Ley 35/2010 y la nueva redacción del art. 33.8 ET— sino mediante la fijación de nue-

⁴ En general, denunciando el uso interesado de este término y el desequilibrio material de la reforma M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “El preámbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación”, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 31.

⁵ En un sentido similar J.M. GOERLICH PESET, “El RDL 3/2012...”, cit., p. 24; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social”, en *Actum Social*, 2012, n. 61, p. 28.

⁶ Por todos, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 28.

⁷ Nuevamente se coincide con J.M. GOERLICH PESET, “El RDL 3/2012:...”, cit., p. 24.

vas reglas sobre el despido destinadas a reducir la posible “intromisión” judicial y, por tanto, los riesgos a los que tan alérgicos se han mostrado tradicionalmente nuestros empresarios. De esta forma —y dejando a un lado otras cuestiones como si el exceso de flexibilidad externa no supone una desincentivación material a la flexibilidad interna⁸— lo cierto es que tanto el RDL 3/2012 como posteriormente la Ley 3/2012 vendrían a trasladar definitivamente al BOE las tesis machaconamente reiteradas desde determinados sectores empresariales⁹, científicos¹⁰, y políticos, especialmente desde la Unión Europea¹¹, que han ligado —interesadamente o no— desde hace ya años, tanto el desempleo como la temporalidad a las normas y políticas de protección del empleo (ELP) en especial, del contrato indefinido¹². En cualquier caso, y más allá de discusiones académicas, de lo que no cabría duda es de que la potenciación del poder empresarial quedaría así encubierta por la aparente tutela de los colectivos de trabajadores desempleados y temporales —outsiders—, intentando centrar de este modo el foco en una finalidad anunciada pero no segura —la creación de empleo o la reducción de la temporalidad—, mientras se olvida, o si se prefiere, se oculta, el efecto inmediato, claro e indubitado de estas medidas: el fortalecimiento del poder empresarial y la pérdida de calidad y estabilidad real de los trabajadores indefinidos.

Es más, y aunque seguramente es pronto para analizarlo, es posible plantear dudas sobre el hecho de que estas concretas medidas vayan a tener un impacto real sobre el problema de la temporalidad. Y ello porque si bien es cierto que se han reducido drásticamente los costes procedimentales y económicos de las extinciones de los contratos indefinidos, estos mismos costes también se han reducido, incluso en ocasiones de forma porcentualmente más importante, en el caso de los contratos temporales irregulares —dado el impacto que sobre los mismos tiene la desaparición, salvo contadas excepciones, de los salarios de tramitación—. En otras palabras, aunque es cierto que los costes de salida de los contratos indefinidos se han reducido, también lo han hecho los de los temporales, sobre todo los irregulares —en donde se centra realmente el “problema” de la temporalidad— provocando la conservación del mismo incentivo, básicamente económico, pero indirectamente de gestión, que tradicionalmente ha provocado la generalizada opción empresarial por este tipo de contratación.

Desde esta perspectiva, y paradójicamente, la institución que en cambio sí podría tener un efecto importante sobre este problema es, al menos a nuestro juicio, la nueva medida estrella¹³ de la reforma en este ámbito concreto: el contrato de apoyo al “emprendedor” que, sobre la senda material de las propuestas de contrato único¹⁴ —ausencia de control judicial de la extinción salvo violación de derechos fundamentales— y la inspiración formal del ahora extinto contrato

⁸ O si la falta de desincentivación de los mecanismos alternativos hasta ahora utilizados frente a la flexibilidad interna podrían generar su mantenimiento con una merma en la eficiencia de tales modificaciones. En este sentido, J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia ...”, cit., p. 38-39.

⁹ Por todos, CIRCULO DE EMPRESARIOS, “Una reforma laboral para seguir creando empleo”, 10 de julio de 2003, disponible en el momento de cerrar estas líneas en <http://bit.ly/UxeTIP>.

¹⁰ Seguramente uno de los más claros ejemplos de esta tendencia en H. CHUNG, “Different paths towards Flexibility, Deregulated employment protection or temporary employment? MPRA Paper 2396, University Library of Munich, Germany, 2005, disponible en <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/2396/>;

¹¹ Véase, por ejemplo, el “Primer itinerario: abordar la segmentación contractual”, del Anexo I de la Comunicación de la Comisión Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad {SEC(2007) 861} {SEC(2007) 862}, COM/2007/0359 final.

¹² Una amplia referencia a estas posiciones, con una crítica que aquí se comparte plenamente en J. GORELLI HERNÁNDEZ “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato”, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 284 y ss.; ID., *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, CARL, 2010, p. 248 y ss.

¹³ M. N. MORENO VIDA, “Novedades en materia de modalidades contractuales”, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 194; J. PÉREZ REY, “El contrato de apoyo a los nuevos emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 51; P. ARAMENDI SÁNCHEZ “Notas de urgencia sobre el RDL 3/2012”, en *Aranzadi Social*, 2012, n.2.

¹⁴ Esta relación con estos “ecos”, M. N. MORENO VIDA, “Novedades ...”, cit., p. 197

de fomento de la contratación indefinida –la inspiración de algunas de sus normas en la nueva regulación resulta evidente–, viene a convertirse, no obstante, en una vía pretendidamente alternativa a la contratación temporal en las pequeñas empresas. Y ello no ya tanto por el hecho de ofrecer, como lo hacía la modalidad extinta, una indemnización reducida para el despido impropio, sino porque en la práctica esta modalidad elimina durante el primer año el control sobre la causa y la forma de la extinción empresarial, transformando así este tipo de extinción en aparentemente lícita y gratuita, salvo violación de normas constitucionales. Por ello, y como veremos, es cierto que esta modalidad puede ayudar o facilitar las transiciones hacia el empleo indefinido, pero a costa de llevar hasta sus extremos la inestabilidad durante un plazo de un año, lo que suscita no pocas dudas sobre su viabilidad en nuestro sistema constitucional y en relación con las obligaciones internacionales del Reino de España. Y quizás sean estas mismas dudas –unidas a otros factores como la lentitud en el cambio de hábitos, propio de un sector de nuestro empresariado, o incluso, un cierto temor psicológico al mero término indefinido– las que pueden estar lastrando, al menos durante estos primeros meses, su expansión en nuestro sistema. Pero vayamos nuevamente por partes.

II. LAS ESCASAS REFORMAS EN EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL: SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ART. 15.5 ET

Como ya hemos señalado, la primera nota característica de la reforma de 2012 es que, a diferencia de sus antecesoras, el RDL 3/2012 no ha abordado la tipología o costes de la contratación temporal estructural al quedar los arts. 15.1 y 49.1.c) ET incólumes. De este modo y frente a otras propuestas de países cercanos en donde la mayor flexibilidad externa se ha intentado compaginar o compensar con una mayor rigidez en el acceso o entrada –más equilibrio entre outsiders/insiders–, en nuestro país las profundas medidas destinadas a flexibilizar las extinciones no aparecen compensadas o equilibradas con un mayor rigor en relación con la causalidad de la contratación temporal estructural o su coste.

De hecho, la única modificación, y aún indirecta, del art. 15 ET se limita a reducir el periodo de suspensión del art. 15.5 ET. Como se recordará el art. 5 del RDL 10/2011 procedió a suspender hasta el 31 de agosto de 2013, la aplicación de lo que había sido una de las instituciones clave de la anterior reforma laboral: el art. 15.5 ET. No es este, obviamente, el momento de analizar con detenimiento el cambio de rumbo que aquella norma “desesperada”¹⁵ reflejaba, y que seguramente enlazaba con otros antecedentes de ese mismo año. Por ello nos limitaremos a recordar, en primer lugar, que esta suspensión no se restringía al primer párrafo de este precepto, sino que también afectaba al resto del punto, generando con ello posibles dudas –a nuestro juicio, infundadas– sobre la vigencia de los no muy numerosos convenios que establecían reglas en este ámbito. En segundo lugar, que de esta forma el RDL 10/2011 retraía el ordenamiento español al régimen previo, no ya al año 2006, sino incluso al anterior a la Ley 12/2001. Y en tercer y último lugar, que esta suspensión planteaba algunas dudas sobre su posible inadecuación con la Directiva 1999/70/CE, tanto materialmente, en la medida en la que, como ya señalamos en la primera parte de este trabajo, nuestro Tribunal Supremo había considerado la norma ahora suspendida como una más adecuada trasposición de la Cláusula V del Acuerdo incorporado en dicha Directiva¹⁶, como en relación con la Cláusula 8.3 del mencionado Acuerdo,

¹⁵ Véase J.R. MERCADER UGUINA, “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre”, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 2, tomo 1, (LA LEY 24454/2011), apartado V; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en AAVV., *Reforma Laboral 2012*, (dir. I GARCIA PERROTE, J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 75.

¹⁶ Véase lo ya señalado en relación con este tema en la primera parte de este trabajo, p. 55, n. 44.

según el cual “la aplicación” de sus disposiciones “no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el presente Acuerdo”¹⁷.

En cualquier caso, no menos complicada se presentaba la dinámica de este precepto. En principio, estas complicaciones no lo fueron tanto, al menos a mi juicio, en relación con su entrada en vigor. Desde el momento en el que se generó la misma no se produciría conversión alguna por imposición de este precepto, sin que dicha suspensión afectase, eso sí, a aquellas transformaciones que hubieran acaecido materialmente antes, aunque aquellas no hubieran sido ni reconocidas, ni tan siquiera solicitadas o reclamadas por el trabajador antes de dicha suspensión. El carácter automático de la misma –que ya señalamos en el trabajo anterior– provocaría que la conversión se produjera *ope legis*, en el momento de cumplir tales requisitos, con independencia, como decimos, de que en el momento en el que posteriormente reclamase

¹⁷ Planteando dudas sobre esta suspensión y las obligaciones derivadas de la Directiva 99/70/CE J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 65. Comenzando por esto último es cierto que la transposición de esta Directiva se produjo mucho antes de la Ley 35/2010, mediante, básicamente, la Ley 12/2001 de 9 de julio, y que, por ello, una interpretación literal bien podría llevarnos a considerar que el momento de la evaluación de esta cláusula de no retroceso debiera haber sido aquel, sin que pudiera alegarse posteriormente. Pero como ha señalado el Tribunal de Justicia en más de una ocasión “la expresión «aplicación», empleada sin más precisión en la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco, no se refiere únicamente a la adaptación inicial del Derecho interno a la Directiva 1999/70 y, en especial, a su anexo que contiene el Acuerdo marco, sino también a cualquier medida nacional destinada a garantizar que pueda alcanzarse el objetivo perseguido por ella, incluidas las que, con posterioridad a la adaptación propiamente dicha, completen o modifiquen las normas nacionales ya adoptadas” – Auto 11 de noviembre de 2010, *Vino*, Asunto C 20/10 con cita de los asuntos *Mangold* punto 51, *Angelidaki* punto 131, *Koukou*, punto 115–. Ahora bien, dejando a un lado el hecho de que, como ha señalado el Tribunal “una reducción del nivel de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de los contratos de duración determinada no está prohibida, como tal... cuando no guarda ninguna relación con la aplicación de éste” –Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, Asunto C-144/04, apartados 51 y 52; Auto 11 de noviembre de 2010, *Vino*, Asunto C 20/10– y que incluso una reducción no general estaría autorizada en determinadas condiciones –recordadas por el Abogado General Jääskinen en sus Conclusiones de 15 de septiembre de 2011, en el Asunto C-313/10, *Land Nordrhein-Westfalen contra Sylvia Jansen*– lo cierto es que, al menos a mi juicio, los objetos de esta comparación no debían ser la normativa actual con su inmediata antecesora surgida de las reformas de los años 2006-2010 –en los que el retroceso en el cumplimiento de los objetivos del acuerdo es a todas luces evidente– sino, obsérvese, entre la situación normativa generada tras la suspensión provocada por el RDL 10/2011 y la regulación previa a la Directiva y la trasposición del Acuerdo; esto es, el marco normativo previo a la Ley 12/2001 en cuya exposición de motivos se señalaba expresamente el carácter de norma de trasposición –sin entrar aquí en su acierto o no– de la Directiva 1999/70/CE. Es esa situación nacional previa al Acuerdo, la única que podían prever los firmantes del mismo, la que debería tomarse como objeto de comparación y no las posteriores, ya que otra cosa supondría considerar esta cláusula como una suerte de instrumento de consolidación indefinida y hacia el futuro de las posteriores decisiones del legislador nacional en esta materia, lo que seguramente no era su objetivo. Por tanto, y al menos a mi juicio, la comparación no debía realizarse entre el art. 15.5 ET tras la reforma de 2006 ó 2010 y la situación normativa que se produjo tras el RDL 10/2011, sino entre esta última y la situación previa en el ordenamiento estatal. Y desde esta perspectiva no puede seguramente hablarse de reducción general, ya que de hecho, la suspensión sólo provocó el retorno a la situación previa a la reforma de 2001: esto es, la ausencia efectiva de toda regla que limitase el simple encadenamiento de estos contratos por la mera sucesión de los mismos. La cuestión se trasladaría, por tanto, a si en este contexto, la vuelta a una situación en este punto similar a la previa a la Ley 12/2001 –ya que, como vimos, se suspende incluso la mera llamada a la negociación colectiva del anterior párrafo segundo del art. 15.5 ET– se ajustaba o no a la Directiva. Y en este caso podría decirse que la teórica causalidad de nuestra contratación temporal estructural podría llevarnos a considerar que, al menos en relación con estos contratos, existían y existen “medidas legales equivalentes para prevenir los abusos” o que se imponen “razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales”. En cualquier caso, la cuestión es, como se aprecia, ciertamente dudosa si bien, ahora más que nunca, es obvia la necesidad –recordada recientemente por el Abogado General Jääskinen– Conclusiones de 15 de septiembre de 2011, en el Asunto C-313/10, *Land Nordrhein-Westfalen contra Sylvia Jansen*– de un mayor rigor en la valoración de estas causas.

el trabajador, la norma ya estuviera suspensa. Y por lo que se refería a las escasas normas convencionales que desarrollaban, ya fuese el art. 15.5 ET en su primer, o, sobre todo, en su originario segundo párrafo, a mi juicio resultaba evidente que la norma legal en ningún caso procedía a una autorización abriendo terrenos antes vedados a la negociación colectiva. Esta no necesitaba de una habilitación legal en este tema. De ahí que las normas convencionales ya existentes debieran considerarse plenamente vigentes, incluso durante esta suspensión.

Pues bien, en este contexto la reforma de febrero de 2012 se limitó —modificando lo establecido en el art. 5 del RDL 10/2011— a adelantar ocho meses la vuelta a la vigencia del precepto, del 31 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2012, conservando la misma redacción y su actual estado de “suspensión” hasta dicha fecha —lo que por cierto, planeaba ciertas dudas sobre la extraordinaria urgencia y necesidad de una medida incorporada originariamente a un Real Decreto Ley¹⁸—. Se trataba de una norma tímida¹⁹, y de escaso bagaje, sobre todo si se quiere considerar como compensación y la comparamos con la intensidad y profundidad de las reformas en materia de despido. Pero en cualquier caso, lo que sí llamaba la atención era que el RDL 3/2012 seguía omitiendo la regulación de los múltiples problemas temporales que, como siempre, planteaban este tipo de normas²⁰.

En principio, estas dudas no se centraban en su “reactivación” ya que al tratarse de una mera “suspensión” y no ya de una derogación era evidente que la norma se reactivaría transcurrido dicho plazo sin necesidad de ningún nuevo llamamiento o referencia normativa. En realidad, la verdadera cuestión se centraba en conocer la forma en la que, en ese momento de reactivación, el 1 de enero de 2013 —por el momento—, deberían computarse el periodo de referencia, los contratos realizados y el periodo de ocupación. Y ello ya que, aunque el RDL nada señalase sobre este tema, las posibilidades eran múltiples²¹.

En cualquier caso, gran parte de estas dudas han sido resueltas por el art. 17 de la Ley 3/2012. La aceptación de la enmienda 618 presentada en el Congreso por el Grupo Popular, incorpora un segundo punto al art. 5 del RDL 10/2011 de acuerdo con el cual, y a estos efectos, quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 ET, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de di-

¹⁸ En este mismo sentido, J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia una nueva concepción...”, cit., p. 36.

¹⁹ En expresión de F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas para...”, cit., p. 74

²⁰ En este mismo sentido, J.M. GOERLICH PESET, “El RDL 3/2012:...”, cit., p. 24; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas para...”, cit., p. 74. Estos problemas eran similares a los que en su momento ya plantearan J.R. MERCADER UGUINA, “Medidas...”, cit., apartado V, y R. MARTÍN JIMÉNEZ “Diez dudas acerca de la suspensión temporal del encadenamiento de contratos temporales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2011, n.º 828 (BIB 2011\1777).

²¹ Véase J.R. MERCADER UGUINA, “Medidas desesperadas...”, cit., apartado V; J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia...”, cit., p. 36. En este sentido, la primera y más simple posibilidad se limitaba a sostener que la reactivación de la norma provocaría la posibilidad de computar hacia el pasado y sin ningún límite o restricción los tres elementos nucleares de la norma —periodo de cómputo de treinta meses, número de contratos y periodo de veinticuatro meses de ocupación—, y ello aunque los contratos temporales hubieran sido estipulados o ejecutados durante el periodo de tiempo en el que la norma estuvo suspendida. Una segunda opción era considerar que dicho periodo de suspensión debiera significar no sólo una paralización de efectos de la norma, sino también un “paréntesis” en los cómputos de estos tres elementos, que habrían sido suspendidos, que no interrumpidos, permitiendo eso sí, retomar los periodos y los contratos anteriores a la suspensión, dentro de unos plazos que simplemente “saltarían” el lapso de inactividad de la norma. Pero también existiría —junto a otras, ya que no intentamos ser exhaustivos en este punto— una tercera opción de acuerdo con la cual la suspensión habría supuesto una suerte de interrupción de los plazos por lo que el cómputo de todos y cada uno de los tres elementos debería partir de cero, sin enlazar, por tanto, con las situaciones previas a la suspensión y provocando, por tanto, que las primeras conversiones no pudieran producirse hasta dos años después de su reactivación. Y todo ello por no hablar de una última posibilidad —volvemos a repetir, sin ánimo de ser exhaustivos— que consistiría en aplicar analógicamente las normas transitorias tanto de la Ley 43/2006 como de la Ley 35/2010. Como se ve, múltiples posibilidades que el RDL 3/2012 simplemente ignoraba a pesar del importante efecto que durante un plazo muy amplio —dos años— pudieran llegar a generar estas distintas interpretaciones sobre la eficacia real del precepto.

ciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a estos efectos los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas. Por tanto, y en definitiva, la norma optaría por considerar a este periodo como un lapso simplemente inexistente, un paréntesis temporal que habría paralizado en su caso tanto los dos periodos ahora retomados, provocando, por tanto, la posibilidad de transformación desde el primer día de su reactivación, si bien inutilizando a estos efectos los contratos iniciados y agotados durante el lapso de suspensión y los periodos de actividad desarrollados o ejecutados durante el mismo.

III. LAS MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE LAS RESTANTES MODALIDADES CONTRACTUALES: SU FOCALIZACIÓN EN LA CREACIÓN DE EMPLEO

El resto del Capítulo IV de la Ley 3/2012, dedicado expresamente a “favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral”, carece de cualquier otra referencia concreta al régimen de las modalidades contractuales temporales. Los artículos 18 y 19 se centran así, únicamente, en la extinción por decisión empresarial de la relación y en los costes asumidos en algunos casos por el FOGASA. Esta omisión resulta lógica si recordamos como este incremento de la flexibilidad de salida es el instrumento básico que junto –y aunque en menor medida– a la potenciación de la flexibilidad interna –ya que esta parece ligada, básicamente en el Capítulo III, a la conservación del empleo mediante, sobre todo, su abaratamiento y mayor flexibilidad– se conciben en la reforma de 2012 como el principal instrumento de lucha contra la dualidad.

Ahora bien, más allá del significado que ello conlleva, y del impacto que un incremento tan destacado de la flexibilidad externa tendrá sobre ese concepto multidimensional que es la calidad en el empleo²², sobre el desarrollo real de la flexibilidad interna o, incluso, de sus efectos a corto y medio plazo sobre el empleo –la Ley 3/2012 parece olvidar las lecciones que esta crisis nos ha brindado sobre la importancia de las políticas de protección del empleo, sobre todo en mercados de trabajo tan reactivos como el español–, lo que por ahora nos interesa destacar es que esta omisión no significa, obviamente, que las reformas de 2012 no hayan abordado la regulación de las modalidades contractuales. Lo que ocurre es que no la incardinan fundamentalmente entre las medidas destinadas a la reducción de la dualidad y de la segmentación, ligándolas, en cambio, a la creación de empleo como demuestra su propia incardinación y la denominación del Capítulo II en el que se subsumen mayoritariamente.

Cuestión distinta es que estas mismas reformas, obviamente, pueden llegar a tener un claro impacto sobre las decisiones, no ya sólo de contratación, sino de selección de la modalidad utilizada y, por tanto, sobre la tasa de temporalidad y la consiguiente segmentación y dualidad en nuestro mercado de trabajo. De ahí la necesidad de analizarlas, siquiera sea sumariamente, prestando especial atención a lo que sin duda parece haber sido una de las principales apuestas de la reforma, como demuestra el esfuerzo económico en ella realizado: el contrato denominado –quizás desde una perspectiva más de simple mercadotecnia que de auténtico rigor técnico– como de “apoyo al emprendedor”.

III.1. El nuevo contrato de apoyo al emprendedor: caracterización general

En relación con este nuevo contrato, regulado en el art. 4, primero del RDL 3/2012 y más tarde, de la Ley 3/2012 –cuyo texto definitivo proviene en gran parte de la Enmienda 651 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular–, lo primero que quizás deba re-

²² Sobre las distintas dimensiones de este concepto L. DAVOINE, C. ERHEL, M. GUERGOAT-LARIVIERE “Monitoring quality in work: European Employment Strategy indicators and beyond” en *International Labour Review*, 2008, Vol. 147, n.º 2–3, p. 163 y ss. Sobre los trabajos para intentar delimitar los indicadores de la misma véase el trabajo de UNECE Task Force on the Measurement of Quality of Employment, “Introduction Of The Conceptual Framework For Measuring The Quality Of Employment. Statistical Measurement Of Quality Of Employment: Conceptual Framework And Indicators”, ECE/CES/GE.12/2009/1, 2 September 2009.

saltarse es que nos encontramos ante una institución que, aunque en apariencia pudiera resultar sencilla —como deben serlo, junto con estables y seguras, al menos para tener éxito, las normas de fomento del empleo— presenta, no obstante una notable y si se nos apura, progresiva complejidad, tanto en sus finalidades como en sus propios instrumentos²³.

En este sentido, de todos es sabido cómo el propio art. 4.1 L. 3/2012 comienza la regulación de esta modalidad señalando que su objetivo sería aparentemente doble: de un lado facilitaría el “empleo estable” al mismo tiempo que, por el otro, potenciaría la iniciativa empresarial. Pero a poco que se profundice, es fácil intuir que, realmente, el orden y el peso de las dos ideas incluidas en la primera finalidad —creación de empleo, y de empleo estable— no tienen realmente el mismo peso e intensidad. Como veremos, lo que en realidad viene a “ofertar” esta modalidad es un nuevo tipo de relación en el que el coste de salida económico, y el rigor formal de la extinción serían inexistentes durante el primer año, al utilizar el periodo de prueba como un instrumento para eludir las reglas de protección del empleo salvo, obviamente, violación de normas constitucionales. Desde esta perspectiva, y de forma similar a lo que en su momento supuso el contrato de lanzamiento de nueva actividad²⁴—aunque eso sí, con notables diferencias sobre las que volveremos—, lo que esta modalidad pretendería sería dar una mayor o casi absoluta seguridad causal y eliminar los costes económicos y formales de extinción durante el primer año de las nuevas contrataciones, para así incentivar la estipulación de nuevos contratos venciendo el tradicional temor empresarial. De ahí, y como veremos, que en la prelación de objetivos la estabilidad real quede relegada ante la potenciación, no ya tanto de la propia iniciativa empresarial mencionada por el precepto, sino de la simple contratación o creación de empleo —como se deduce de la propia denominación del capítulo que este artículo inicia— utilizando para ello un contrato que durante el primer año, aun siendo formalmente indefinido, no proporciona ninguna estabilidad.

Ahora bien, y seguramente para facilitar las transiciones entre este tipo de empleo, propio del primer año de vida de la relación, hacia uno más protegido y materialmente estable, el legislador ha optado por configurarlo técnica y formalmente, no ya como un contrato temporal sin causa, que requiriera un acto positivo de transformación al año²⁵, sino como una única relación, formalmente indefinida desde el principio —ya que no está sometida a término, sino a una condición materialmente potestativa para el empleador—, en el que el tránsito entre estas dos situaciones se realizara automáticamente y por el mero transcurso del tiempo. Y junto a ello y en segundo lugar, para potenciar esta superación del “ecuador” o de la frontera natural del año, el ejecutivo primero, y el legislador después, han recurrido a otra fórmula más tradicional como es el apoyo económico a través de una notable batería de incentivos fiscales y bonificaciones, especialmente llamativas en un momento de graves problemas presupuestarios. Pero, obsérvese, esta incentivación de la permanencia o estabilidad del pacto, no se realiza para todos los colectivos²⁶, sino sólo para los realizados con ciertos grupos diseñados por su edad o por el disfrute de prestaciones contributivas de desempleo.

Desde esta perspectiva, el contrato de apoyo al emprendedor se configuraría teóricamente como una institución compleja que, en primer lugar pretendería atraer al empresario por la flexibilidad normativa y los nulos costes de extinción durante el primer año, y que, más tarde, fomentaría la estabilidad material del mismo, la superación del ecuador del año, mediante medidas económicas especialmente intensas, pero, volvemos a recordar, no para todos los grupos. Esta diversidad normativa podría llegar ciertamente a suponer una notable diferenciación en la estabilidad real de ambos “subtipos” de contratos —aunque habrá que esperar a la propia dinámica

²³ De híbrido, por ejemplo, lo califica J. PÉREZ REY, “El contrato de apoyo...”, cit., p. 51.

²⁴ Esta conexión en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p.32.

²⁵ Las conexiones entre estos contratos temporales sin causa y el contrato de apoyo al emprendedor en J. PÉREZ REY, “El contrato de apoyo...”, cit., p. 51.

²⁶ Por todos, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas para...”, cit., p. 69.

del mercado para conocer su funcionamiento—, al mismo tiempo que podría igualmente convertirse en una alternativa importante frente a la contratación temporal. De ahí que resulte inevitable detenernos, si tan siquiera brevemente, en su análisis.

III. 1. 1. Observaciones previas: sobre la técnica normativa

En este sentido, el primer dato que debe resaltarse es que esta modalidad lejos de incorporarse a través de un precepto estable dentro del Estatuto de los Trabajadores —ya sea entre las modalidades contractuales²⁷, o incluso mediante la modificación de la institución jurídica que sufre su principal “adaptación” como es el periodo de prueba—, fue ubicada, tanto por el RDL 3/2012 como por la Ley 3/2012, externamente al Estatuto, de forma similar a lo que aconteció en su momento con el contrato de fomento de la contratación indefinida.

Esta singular ubicación, que llamativamente puede plantear algunas dudas sobre su aplicación a ciertas relaciones laborales especiales, pretendía seguramente reflejar —o intentar reflejar— el carácter no estructural de una institución que, no obstante, y esto es lo importante, no tenía en su primitiva regulación —establecida por el RDL 3/2012— una “fecha de caducidad”, ni cierta ni incierta —como por ejemplo, ocurría con la ampliación de la edad máxima para formalizar contratos para la formación y el aprendizaje—, ni tan siquiera un periodo tras el cual se realizaría una evaluación específica sobre su posible continuación o eliminación, de forma similar a lo que aconteció con la DA 1 Ley 63/1997. El resultado era, por tanto, que al menos en el RDL 3/2012 nos encontrábamos ante una modalidad estable y con vocación de permanencia²⁹, por mucho que quizás intentase aparentarse lo contrario, y que además parecía querer garantizar al empresario una mayor seguridad en su régimen jurídico que la que hubiera podido obtenerse incorporando esta posibilidad en el art. 14 ET³⁰.

No obstante, y como es bien sabido, es este uno de los puntos en los que la Ley 3/2012 más claramente se ha separado de su homónimo texto aprobado por el Gobierno, si bien esta separación es, seguramente, más formal que real. Y ello porque durante su tramitación en el Congreso fue incorporado un segundo punto a la DT Novena de la Ley, de acuerdo con la cual la formalización de este contrato sólo sería posible “hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento”. Más allá de destacar lo singular —por calificarlo de alguna forma— de esta técnica jurídica que remite la “vigencia” de normas legales —se supone— al calendario de publicación de la EPA por parte del Instituto Nacional de Estadística —aunque cabe plantear que ocurriría si otras fuentes europeas situaran previamente esta tasa por debajo de dicho umbral—, o del hecho que, seguramente, y ante la actual situación económica, este horizonte final es tan lejano que dicha limitación resulta más formal que real —nos encontraríamos, por tanto, ante una norma formalmente temporal pero materialmente casi estructural—, lo que nos interesa resaltar aquí, a estos efectos, es que, fiel a su ubicación, el evento al que se liga la finalización de la vigencia del precepto —o más correctamente, la posible realización de tales contratos— no es, obsérvese, un umbral de la tasa de temporalidad, sino la tasa de desempleo, lo que evidencia, aún más, que su finalidad esencial y primaria no es luchar contra la dualidad del mercado de trabajo, sino la creación de empleo y el fomento de la contratación, potenciando y facilitando, eso sí, su transición a un empleo realmente estable transcurrido el tantas veces mencionado plazo de un año.

²⁷ Así, críticamente, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, "El nuevo ...", cit., p. 28

²⁸ Sobre esta posibilidad F.J. GOMEZ ABELLEIRA, "Medidas..." cit., p. 54.

²⁹ Vid. F.J. GOMEZ ABELLEIRA, "Medidas para favorecer el empleo estable..." cit., p. 54-55.

³⁰ No debe olvidarse que las reglas transitorias aplicadas tradicionalmente a las modalidades contractuales suelen garantizar la aplicación a estos contratos de las singularidades propias de su modalidad durante toda su vigencia, a diferencia de lo que ocurre con las normas relativas a las meras condiciones de de trabajo, cuya modificación suele tener un efecto inmediato sobre las relaciones ya existentes.

Por otra parte, el segundo elemento que nos interesa destacar aquí es el hecho sintomático –al menos a nuestro juicio– de que frente a la progresiva separación formal entre normas sustantivas y medidas de fomento económico, el art. 4 RDL 3/2012 formaba una unidad indisoluble y consustancial entre la regulación material y las medidas de fomento económico de esta concreta modalidad. Como ya hemos señalado, ambos aspectos estaban y aún están –a pesar de la remisión del fomento fiscal al art. 43 del RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo– tan íntimamente imbricados que incluso en una primera lectura tendían a confundirse. Y ello, seguramente, responde a una clara opción política en la que, como ya hemos señalado, los distintos tipos de instrumentos de fomento en ella dibujados –flexibilidad normativa a través del periodo de prueba y apoyo económico– presentaban diversas finalidades en distintos momentos temporales de la vida del contrato –las fronteras de uno y tres años sobre las que más tarde volveremos–. Cuestión distinta es el hecho de que la posible opción empresarial por la ausencia de uno de ellos –contratos sin utilización del fomento económico– pudiera conducir a una dualidad de modalidades, en la que una –la no incentivada– juegue en ocasiones un papel de mero contrato temporal descausado y no indemnizado, mientras en la otra –que sí estaría bonificada y fomentada económicamente– se intensificaría el efecto “peso muerto” de las subvenciones que ya señalamos en la primera parte de este trabajo, con el riesgo, además, de una más alta tasa de mortalidad una vez finalizadas las medidas de apoyo. Pero no adelantemos acontecimientos.

El tercer y último elemento que nos gustaría destacar en este ámbito se centra en el posible papel de la negociación colectiva en la regulación de esta modalidad. Pues bien, en este punto, es cierto que el art. 4 de la Ley 3/2012 no incorpora referencias concretas a este papel de la negociación colectiva³¹. Simplemente se limita a señalar que “el régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el TRET... y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido”. A primera vista esta remisión, no ya solo a los derechos y obligaciones de las partes, sino sobre todo al “régimen jurídico del contrato” pudiera hacernos pensar que esta llamada –en la que obsérvese, no se establecen reglas específicas de preferencia entre niveles concretos– abarcaría todos los aspectos propios de esta modalidad contractual con eso sí, una “única” – y es importante recordar la calificación– excepción: “la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 ET, que será de un año en todo caso”. Por ello, y dado que al menos en nuestro sistema la negociación colectiva no necesita habilitación del legislador, podría sostenerse la capacidad de la misma para abordar la totalidad del régimen jurídico de esta modalidad –término este extraordinariamente amplio– con la única salvedad explícita de la duración del periodo de prueba e, implícitamente, la desnaturalización absoluta de esta modalidad legal, sobre todo a nivel sectorial. Cuestión distinta es si este “régimen jurídico” podría alcanzar, no sólo a ciertos aspectos como el establecimiento de indemnizaciones en caso de no “superarse” el periodo de prueba o de requisitos formales en la comunicación de esta resolución –con la duda, además, de si estas reglas tendrían que ser generales o podrían establecerse solo para los periodos de prueba de este tipo de contratos–, sino también si esta capacidad podría llegar a establecer ciertos límites cuantitativos o que trataran de impedir abusos –mediante rotación de trabajadores– en su utilización³². Pero sobre ello volveremos más adelante.

III.1.2. Requisitos para su estipulación

Por ahora lo que nos interesa destacar es que en este caso, y frente a lo que ha sido frecuente en otros tipos contractuales ligados al fomento del empleo, los requisitos para su esti-

³¹ Sobre este silencio, en general, J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia...”, cit., p. 23.

³² En el momento de cerrar estas líneas, el único Convenio Colectivo detectado que hacía referencia expresa a esta modalidad era el de sector de Oficinas de Farmacia de Bizkaia – BO. Bizkaia 31 mayo 2012, n. 104 – cuyo contenido se limita a señalar la singularidad de la duración del periodo de prueba en estos contratos –art. 5– si bien el temor a una posible reforma legal del RDL 3/2012 le hiciera incluir una referencia a que esta duración se establecía “sin perjuicio de que se adapte en su caso a las modificaciones legales si las hubiera”.

pulación no se centran en las circunstancias personales del demandante de ocupación –de hecho, y como veremos, estas circunstancias sólo son tenidas en cuenta a la hora de su fomento económico³³– sino, única y exclusivamente en las características del concreto tipo de empleador, para cuya “apoyo” se articularía esta figura: el “emprendedor”.

III.1.2.1. Sobre el “emprendedor” y la dimensión de la empresa: ¿contrato de apoyo al emprendedor o a la pequeña empresa?

Esta focalización, además de sintomática desde un punto de vista ideológico, se conecta fácilmente con toda una línea de actuación a nivel comunitario centrada en el fomento y apoyo de esta actitud³⁴, así como con conocidas promesas legislativas del nuevo ejecutivo o incluso con recientes normas que, a nivel autonómico³⁵ tratan igualmente de fomentar este “espíritu” emprendedor conectándolo con la creación de riqueza, mercados dinámicos, fomento del empleo e innovación. Con todo, lo que nos interesa realmente analizar aquí, desde un punto de vista meramente jurídico, es si el término se identifica realmente con el colectivo de empleadores a los que aparentemente se dirige la norma, o si por el contrario, y como creemos, el mismo quizás no haya sido el más correcto, al menos desde un punto de vista científico o en relación con los precedentes normativos, siendo básicamente uno más de los instrumentos de mercadotecnia con los que se ha intentado defender esta norma.

En este sentido, quizás no esté de más recordar cómo el concepto de emprendedor presenta, incluso dentro de la propia literatura económica y de gestión empresarial –de donde seguramente procede–, una enorme imprecisión conceptual, dado su carácter difuso y multidimensional³⁶. Pero de lo que no cabe duda alguna es que ya desde sus inicios este término se asoció mayoritariamente con el cambio, la iniciativa y la creación de actividad empresarial, sobre todo en sectores novedosos. De hecho, esta perspectiva fue la asumida por la propia OCDE cuando se refería a los mismos como “agentes de cambio y crecimiento en un mercado” y como elementos que aceleraban “la generación, diseminación y aplicación de ideas innovadoras”³⁷. De ahí que el emprendedor y su actitud –“entrepreneurship”– no solo fueron analizados como factores desequilibrantes en los procesos de destrucción creativa, sino también –sobre todo desde su perspectiva externa– como generadores de nuevas iniciativas económicas en mercados dinámicos, igualmente en lo empresarial. Pues bien, es esta misma perspectiva innovadora, de reciente o incluso aún no acontecido acceso al mercado, la que reflejaban recientes normas autonómicas³⁸, o incluso proyectos previamente presentados por el mismo Grupo Popular³⁹. Para tales normas o proyectos, el emprendedor era y es, básicamente, la persona física –o, en ocasiones, la persona jurídica, si acaso, de no muy amplia composición personal–

³³ Ampliamente, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo ...”, cit., p. 29.

³⁴ Comunicación de la Comisión Pensar primero a pequeña escala. Small Business Act para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, Bruselas, 25.6.2008, COM(2008) 394 final.

³⁵ Véanse, por ejemplo, Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y Pymes de Castilla-La Mancha; Decreto-ley 2/2012, de 13 de enero, de Medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (pyme) de la Comunitat Valenciana; Ley 2/2012, de 4 de abril, Ley de Apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa de Illes Balears.

³⁶ Para un más amplio análisis de esta cuestión véase, por todos, D. B. AUDRETSCH, *Entrepreneurship: A Survey of the Literature*, Institute for Development Strategies, Indiana University & Centre for Economic Policy Research (CEPR), London, July 2002.

³⁷ OCDE, *Estimular el espíritu empresarial*, 1998, p. 11.

³⁸ Vid. arts. 3 y 4 de la Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y Pymes de Castilla-La Mancha; art. 1.2 del Decreto-ley 2/2012, de 13 de enero, de Medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (pyme) de la Comunitat Valenciana o art. 2.1 de la Ley 2/2012, de 4 de abril, Ley de apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa de Illes Balears.

³⁹ Proposición de Ley de apoyo a los emprendedores. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n. 325-1, de 15/07/2011.

que está en trámites de iniciar una actividad económica, o que lo ha iniciado —no como continuación de una anterior— en los dos últimos años.

De ahí que resulte cuanto menos llamativo que el artículo 4 del RDL 3/2012 no utilizase este aspecto innovador o temporal, como tampoco exigía —al igual que sucede actualmente en la Ley 3/2012— que se tratase realmente de una actividad económica en sentido estricto —esto es, su intervención en la producción o distribución de bienes o servicios—, ni se impusiese la necesidad de un beneficio económico, independientemente de que éste se pudiera reinvertir o repartir entre las personas integrantes de la organización —aspectos estos que, junto con otros, plantean la posible inclusión o no en este ámbito de las Administraciones Públicas⁴⁰—. El único elemento que ahora es tenido en cuenta, tanto para personas físicas como jurídicas⁴¹ es la dimensión laboral de la organización, sin que, sobre todo, y llamativamente, se haga referencia a la antigüedad de la empresa u organización o incluso, o si se nos permite la expresión, al hecho —emprendedor interno— de que la contratación se correspondiera con el lanzamiento de una nueva línea o producto innovador dentro de una organización que innovase o se expandiera⁴². Este criterio, que hubiera acercado seguramente esta nueva modalidad al ya extinto

⁴⁰ Sin poder profundizar aquí en la diversidad de problemas planteados —sobre todo ante las múltiples posibilidades que cabría suscitar en este ámbito— nos limitaremos a señalar que, en primer lugar, y dado el silencio del art. 4 RDL 3/2012, no parecía ni parece que exista problema alguno en aplicar esta modalidad en aquellas empresas públicas que se rigen básicamente por el Derecho laboral, aún más cuando su propio convenio contemple la posibilidad de estos periodos en relación con la contratación de nuevos empleados —en relación con la posibilidad de establecer periodos de prueba en estas empresas, véanse las interesantes reflexiones y las referencias incorporadas por L. MELLA MÉNDEZ, “Período de prueba y contrato de trabajo en empresa pública”, en *Aranzadi Social* 1999, (BIB 1999\604) vol. I—. En cambio, la cuestión se volvería bastante más compleja cuando enfocamos la cuestión en el campo del empleo público en sentido estricto. Y ello no ya sólo por la dificultad de englobar en el concepto de emprendedor a una Administración Pública —así, excluyendo por estas razones la aplicación de esta modalidad a la Administración Pública R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 37—, o su genérica exclusión de las medidas de bonificación dada la remisión del art. 4.9 a la Ley 43/2006 y, en este caso, al art. 1.4 Ley 43/2006, sino y, sobre todo, por la posible dificultad de casar esta modalidad con las posibles reglas de selección propias de este tipo de personal. Así ocurre, por ejemplo, cuando en el proceso de selección se contemplen, no ya solo pruebas prácticas sino también, y sobre todo, la realización en el mismo proceso de periodos de prácticas —art. 61.5 EBEP Ley 7/2007—. En estos casos, la superación del mismo seguramente impediría la utilización de una modalidad contractual que pretendiera incorporar un nuevo periodo distinto del establecido en las bases de la convocatoria. Y de hecho, tampoco sería impensable considerar —como hace alguna doctrina de suplicación— que la propia ausencia de este periodo en las bases supone la imposibilidad o nulidad de un pretendido periodo de prueba establecido en el contrato posterior. En este sentido, por ejemplo, el TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª), sentencia núm. 674/2010 de 29 abril, con cita de su previa sentencia nº 2001, de fecha 19-12-2006, recaída en el Recurso de Suplicación n. 1436/2006. No obstante, y como decimos, la cuestión resulta ciertamente compleja y no exenta de discrepancias incluso en la doctrina de suplicación. Admitiendo, por ejemplo, la imposición de un periodo de prueba cuando así lo preveía la convocatoria y el convenio colectivo TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª), sentencia n. 319/2007 de 7 mayo —Patronato Municipal y Ayuntamiento—. Con amplia referencia de la doctrina de suplicación sobre la posible compatibilidad del periodo de prueba con procesos objetivos de selección, admitiéndolo, TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia n. 3473/2011 de 12 julio (JUR 2011\318610), en relación con una Autoridad Portuaria, con cita de la STSJ Madrid, de 7 mayo, n. 319/2007, la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1), de 7 septiembre 2005 o la STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1), de 26 diciembre 2003. Y todo ello, teniendo en cuenta, además, y en último lugar, las singularidades que los principios de mérito y capacidad y del propio proceso de selección podrían generar sobre la forma de articular la decisión extintiva en estos casos dentro de la Administración Pública. En este sentido, véase, por ejemplo X. BOLTAINA BOSCH, “El período de prueba en los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas: órgano competente para establecer la superación o no del mismo”, en *Aranzadi Social* n. 16/2007, (BIB 2007\2206) y STSJ Madrid de 7 Feb. 2007 (rec. 5209/2006).

⁴¹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 29.

⁴² J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia...”, cit., p. 34. Recuérdesse que la exigencia de que dicha contratación suponga, respecto de cada trabajador, un incremento de plantilla media total de la entidad en al menos una unidad respecto a la existente en los doce meses anteriores sólo se establece en la nueva redacción del art. 43.2 RDLeg. 4/2004 y, por tanto, en relación con la deducción ligada a la contratación de trabajadores desempleados perceptores de prestaciones.

contrato de lanzamiento de nueva actividad, no tiene ninguna trascendencia en una definición legal que, como decimos, únicamente utiliza el criterio de dimensión laboral –y no otros, por ejemplo, de volumen de facturación– para identificar estas organizaciones.

Por todo ello, y en conclusión, creemos que hubiera sido mucho más exacto denominar esta modalidad como contrato de apoyo a la pequeña empresa que como apoyo al emprendedor⁴³. La denominación legal no se corresponde con el concepto legal y científicamente mayoritario de emprendedor, lo que genera una mayor confusión sobre un término ya de por sí anfibológico⁴⁴. Y todo ello, claro está, con independencia de las posibles intenciones de un ejecutivo que, como una muestra más de su singular uso del lenguaje, quizás haya preferido utilizar las connotaciones positivas de este término para intentar trasladarlas a la propia reforma⁴⁵; o del hecho evidente y comúnmente aceptado que, así delimitado, el ámbito empresarial de aplicación de esta modalidad resultaría ciertamente amplio⁴⁶, más aún si recordamos las posibilidades abiertas por la “ingeniería societaria”.

En cualquier caso, y como decimos, el único requisito establecido por la ley es que la pequeña empresa –y, por tanto, no el grupo real y no patológico en el que pueda estar integrada, ni obviamente el concreto centro de trabajo⁴⁷– “tengan menos de 50 trabajadores” “en el momento de producirse la contratación”, por lo que la posterior ampliación de la plantilla resulta a estos efectos intrascendente. No hay, como señalamos, ni limitación en el volumen de negocio anual o en el balance general anual de las compañías⁴⁸ ni limitación alguna sectorial como, en cambio, sí aparecía en alguna Proposición anterior, más general, y ya mencionada, del Grupo Popular. Es más, obsérvese que la norma no utiliza para esta delimitación de su dimensión laboral criterios específicos y desde luego más complejos presentes en nuestra legislación laboral. Ello supone, en primer lugar, que la única cifra trascendente a estos efectos será la del número de trabajadores jurídicamente dependientes⁴⁹ contratados por la empresa⁵⁰ en el momento de su estipulación, sin que a estos efectos resulte relevante la naturaleza temporal o a tiempo par-

⁴³ En este sentido es cierto que los inicios innovadores de la actividad empresarial se articulan frecuentemente con organizaciones de escasa dimensión, y que de hecho es normal –pero no necesario–, que el emprendedor o innovador plasme su iniciativa mediante una PYME o incluso mediante una microempresa. Pero ello no significa que toda PYME sea desde esta perspectiva innovadora durante toda su existencia, ni que todo emprendedor tenga que ser necesaria e inevitablemente una pequeña o microempresa, aunque, repetimos, esto sea lo más normal e incluso a nivel europeo se mezclen ambas cuestiones, como de hecho, ya hemos señalado.

⁴⁴ Críticamente con este uso, aunque sin profundizar en la cuestión, el exhaustivo trabajo de F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 56.

⁴⁵ En este sentido, por ejemplo, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo ...”, cit., p. 28 se refieren a una “denominación tan retórica como poco afortunada”. Sobre el uso del lenguaje en esta norma, M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “El preámbulo...”, cit., p. 19 y ss..

⁴⁶ Baste recordar que, de acuerdo con los últimos datos del Boletín de Estadísticas Laborales, y excluidos los sistemas especiales agrario y de empleados de hogar –este último por motivos obvio– el 97,81% del total de empresas inscritas tendrían menos 50 trabajadores. En valores absolutos serían 1.184.026 empresas de un total de 1.210.527 inscritas en el Régimen General y en el especial de la Minería del Carbón.

⁴⁷ Nuevamente J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 54; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 55.

⁴⁸ En un sentido similar J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 53.

⁴⁹ De acuerdo, por tanto, con F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 55.

⁵⁰ Aunque algunos autores han defendido el cómputo a estos efectos y en las empresas usuarias de los trabajadores en misión contratados vía ETT–J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 54–, la ausencia de una expresa referencia a los mismos –a diferencia, por ejemplo, de lo que acontece en el art. 6.2 del RD 216/1999 o las referencias expresas a su incorporación en otros preceptos como el art. 15.5 ET– nos inclinan a excluirlos de su cómputo. En este mismo sentido, creo, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 55.

cial de los mismos⁵¹, la posible situación de suspensión –al no distinguirlo la ley⁵² –, o incluso el volumen de empleo que la misma empresa haya mantenido a lo largo de anteriores o posteriores momentos temporales. Es el momento de la contratación el único trascendente, con independencia, por tanto, de su posible variación, incluso habitual, que sufra la organización. Se trata, en definitiva, de buscar, quizás no la norma más “justa”, pero sí la más eficaz y simple⁵³ para facilitar la implantación de esta modalidad.

III.1.2.2. Limitaciones expresas: la prohibición en caso de decisiones extintivas empresariales improcedentes

Por otra parte, y desde una perspectiva de mera técnica jurídica, resulta sorprendente comprobar que el único límite expreso a la estipulación de esta norma se encuentre en un momento muy posterior, al señalar el punto seis de este mismo artículo que no podrán concertar este tipo de contrato las empresas que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubieran adoptado “decisiones extintivas improcedentes”. Como rápidamente se observará, es éste uno de los puntos en los que la Ley 3/2012 más se aleja de su predecesor, el RDL 3/2012 ya que aquella norma se refería, más específicamente, a la “empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo”. En cambio, en ambos casos lo que sí permanecía y permanece absolutamente incólume es que dicha limitación afectaría únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de cada una de las dos normas, y “para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción” “y para el mismo centro o centros de trabajo”⁵⁴.

Sin poder detenernos aquí en un análisis pormenorizado de la regulación establecida por el RDL 3/2012⁵⁵ nos limitaremos a recordar como sin duda uno de los aspectos más llamativos de la misma era que no cubría, nuevamente, ni a los despidos disciplinarios declarados improcedentes⁵⁶, ni, y sobre todo, a la simple resolución contractual por el empresario durante los periodos de prueba⁵⁷. El carácter taxativo de la limitación, centrada sólo en estos dos tipos de extinciones, no parecía permitir otra interpretación, lo que podría facilitar, por un lado, políticas que, a través de despidos disciplinarios, aún improcedentes, procedieran a sustituir contratos

⁵¹ Véase J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 54; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 29-30; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 55.

⁵² Aunque parece lógico considerar que en aquellos casos en los que se haya contratado a un interino para cubrir la actividad de una persona con derecho a reserva de puesto de trabajo sólo debe computarse a uno de ellos – J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 54 y, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 30 destacando igualmente la necesidad de incluir a los fijos discontinuos aunque en ese momento no estén prestando, de modo efectivo, su actividad laboral–.

⁵³ En un sentido similar, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 30.

⁵⁴ Sobre los riesgos que esta limitación supone J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 65. En un sentido similar, postulando, no obstante, la posibilidad de que transcurridos seis meses desde la extinción, el trabajador contratado por esta modalidad en otro centro de trabajo sí pueda ser trasladado a aquel en el que se produjo la extinción improcedente R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 31.

⁵⁵ Sobre estos límites, M.N. MORENO VIDA, “Novedades...”, cit., p. 202; J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 64 y ss.; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 30-31; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 56 y ss.

⁵⁶ *Vid.* R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p.30-31; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 58.

⁵⁷ Véase F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 58.

indefinidos ordinarios por esta nueva modalidad escasamente estable durante la primera anualidad, o que, al negar la relevancia a estos efectos de las posibles resoluciones contractuales durante los periodos de prueba —especialmente en este tipo de contratos— allanarían su uso mediante una rotación subjetiva de asalariados, incluso en el mismo puesto de trabajo⁵⁸.

La nueva norma parece destinada a evitar algunas de estas aparentes incoherencias, si bien, debe advertirse ya desde un principio, no todas. En este sentido, es obvio que aunque la terminología utilizada —decisión extintiva— pudiera parecer confusa, creemos que lo que seguramente se ha buscado es eludir toda referencia a la concreta tipología del despido, permitiendo subsumir en esta prohibición cualquier tipo de extinción adoptada por el empresario siempre que las mismas sean declaradas improcedentes. Ello significaría que no sólo el despido disciplinario declarado o reconocido —pues la norma no distingue— como improcedente activaría tal prohibición. A mi juicio lo que es más importante es que la ausencia en esta norma de toda exclusión relativa al art. 49.1.c) ET —a diferencia de lo que sucede en el art. 51 ET⁵⁹— debiera conducirnos también a que toda extinción empresarial de un contrato temporal irregular —sobre todo si ha sido declarada o reconocida judicialmente— activase igualmente esta prohibición —lo que dado su volumen puede llegar a ser extraordinariamente importante—, al igual que sucedería con cualquier otra causa de extinción basada en una decisión empresarial y que recibiera tal calificación, incluido alguno de los despidos en los que se concreta la decisión colectiva del art. 51 ET. La única duda, al menos a mi juicio, se centraría en los supuestos del art. 50 ET, y ello en la medida en la que, aunque técnicamente se trata de una decisión unilateral del trabajador, es obvio que nos encontramos ante actuaciones cuyo origen es claramente empresarial.

Más allá de recordar que, al menos a mi juicio, la fecha relevante es la de la comunicación de la decisión empresarial, y no ya tanto la de su calificación jurídica, que sólo la completaría —con la consiguiente inseguridad jurídica, eso sí—, del mismo modo que la referencia a los seis meses debe entenderse hecha, en su caso, al lapso inferior que hipotéticamente mediaría entre el despido y la entrada en vigor de la Ley 3/2012⁶⁰, el principal problema, se centra, como decimos, en que aunque teóricamente la resolución empresarial de uno de estos contratos durante el periodo de prueba puede claramente incluirse entre estas “decisiones extintivas”, la misma no impediría expresamente la posterior formalización de otros contratos de este tipo hasta que al menos alguna de ellas fuese declarada improcedente, lo que, salvo que se recurra al fraude de ley⁶¹, puede permitir la ya comentada rotación subjetiva y con ello un funcionamiento material de este contrato cercano, cuando no igual, al de una contratación temporal sin causa, ni indemnización de finalización de contrato, ni, por mencionar un último aspecto, límite cuantitativo. Pero sobre ello volveremos casi inmediatamente.

Por ahora, lo último que querríamos señalar es que, como es obvio, el incumplimiento de esta prohibición no supone la nulidad del contrato, sino simplemente su consideración como un contrato indefinido ordinario y, por tanto, la nulidad del periodo de prueba legalmente establecido —aunque también cabría sostener su reconducción a la duración máxima establecida para los

⁵⁸ Reconociendo la posibilidad de que el empresario pretendiera la sustitución de estos trabajadores con otros a través de la misma modalidad J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia...”, cit., p. 34; J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 65; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 58.

⁵⁹ SSTs (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 enero, 22 febrero, 26 febrero, 14 mayo 2008 (RJ 2008\2074, 2008\5344, 2008\3867 2008\4123). Más recientemente STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2409/2011 de 20 septiembre (AS 2011\2505).

⁶⁰ En un sentido similar, en relación con la regulación del RDL 3/2012, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo ...”, cit., p. 31.

⁶¹ En este sentido apoyando la calificación como fraudulento de la sucesión de contratos de este tipo suscritos con diversos trabajadores que van extinguiéndose antes del cumplimiento de los doce meses R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 33.

ordinarios en el convenio colectivo— y, seguramente, la imposibilidad —y en su caso, la devolución— de los incentivos económicos ligados a esta modalidad⁶².

III.1.2.3. Otras cuestiones: la trascendencia de la situación previa o actividad en la empresa del asalariado sobre la legalidad del periodo de prueba (y no sobre la propia modalidad y sus incentivos) y la posibilidad de límites de origen colectivo

Como ya hemos señalado, la primitiva regulación de esta modalidad, fruto del RDL 3/2012, no incorporaba, más allá de los dos límites expresos antes analizados, ningún otro límite cuantitativo —salvando el hecho, claro está, de que nunca podrá haber más de cuarenta y nueve contratos de esta modalidad vigentes al mismo tiempo en una empresa—, sectorial⁶³, ni personal para la posible estipulación de este tipo de contratos.

En especial, la norma no reclamaba ningún requisito en relación con las circunstancias personales o profesionales del trabajador cuyas características parecía que sólo eran —y son en la Ley 3/2012— tenidas en cuenta a la hora de incentivar económicamente esta modalidad⁶⁴. De ahí que, dadas las dudas generadas por la expresión “en todo caso”, se plantease la posibilidad, no ya sólo de realizar este contrato con trabajadores que hubiesen realizado anteriormente las mismas funciones en la misma empresa, sino incluso, de poder incorporar, también en este caso, el ya comentado periodo de prueba de un año⁶⁵.

Pues bien, nuevamente en este punto la Ley 3/2012 ha venido a aclarar —aún parcialmente— esta cuestión, al incorporar en el punto 3 del art. 4 —y no, obsérvese, en el apartado 6 dedicado a las prohibiciones— una nueva prescripción de acuerdo con la cual “no podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”. Más allá de señalar, en primer lugar, que, como se deduce de su ubicación, la norma solo se refiere a la validez del periodo de prueba y no a la posible estipulación de esta modalidad, y, sobre todo, al disfrute de sus incentivos, y que, en segundo lugar, la expresión legal es lo suficientemente amplia para sostener la nulidad de dicho periodo de prueba cuando el trabajador haya prestado anteriormente dichas funciones a través de una ETT —o como falso autónomo—, lo que por ahora nos interesa destacar es que aunque la redacción literal del precepto es prácticamente idéntica a la establecida actualmente en el art. 14 ET, lo singular del caso hace que resulte necesario exigir con especial rigor este límite. De ahí que consideremos expresamente rechazable cualquier intento de trasladar a este ámbito la posición sostenida por alguna Sentencia del Tribunal Supremo y que parece reconocer la validez teórica de este pacto cuando el anterior periodo de prueba no concluyó satisfactoriamente con el mismo empresario, ya fuera porque el trabajador desistiera anticipadamente o, sobre todo, cuando no se superó la misma⁶⁶. El tenor literal es tan claro que parece evidente la imposibilidad, cualesquiera que fueran las razones, de “segundas”, “terceras” o “cuartas” oportunidades, máxime si normalmente el empresario no tiene que demostrar la no supe-

⁶² Véase R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 31; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 72; P. ARAMENDI SÁNCHEZ “Notas...”, cit., punto 1.

⁶³ Sobre la posible utilización de estos contratos en el sector y las Administraciones Públicas véase la nota 40.

⁶⁴ Por todos, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas para...”, cit., p.59.

⁶⁵ Vid. J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 57-58; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 59-60.

⁶⁶ STS 23 octubre 2008 (RJ 2008\6970) “El espíritu de la norma es evitar... pero no impedir que se de una segunda oportunidad al trabajador, cuando no ha acreditado su idoneidad para determinada labor, sea porque el período de prueba de un contrato anterior no se agotó, sea porque, incluso, la empresa no lo consideró apto en aquél momento... Consecuentemente, salvo que se evidencie que la empresa obra en fraude de ley, es lícito pactar un nuevo período de prueba cuando se va a contratar de nuevo a quien no superó el anterior, cualquiera que fuese la causa de ello. Igualmente STSJ Cataluña de 7-6-1995 (AS 1995, 2381); STSJ Galicia, de 28 febrero 2001 (AS 2001\215).

ración de la prueba. Y del mismo modo debería analizarse con extremo cuidado la línea doctrinal de suplicación que llega a admitir este periodo de prueba en supuestos en los que hubiera mediado un amplio lapso de tiempo desde la finalización de la anterior relación ante “la necesidad empresarial de conocer si las aptitudes del trabajador subsisten o han experimentado algún cambio⁶⁷”.

Y no menos sencilla se plantea la segunda cuestión a abordar brevemente en este punto: la posibilidad o no de que mediante la negociación colectiva pudieran establecerse límites a la estipulación de este tipo contractual. En realidad, y como ya hemos señalado, esta cuestión se enmarca en otra mucho más amplia y trascendente, centrada en la relación general entre normas legales y colectivas en el marco de una reforma que, como la del 2012, no pretende en muchas ocasiones –como era clásico– garantizar unas condiciones mínimas para el empleado, mejorables por convenio colectivo, sino que busca establecer, garantizar y proteger espacios de libertad de gestión para el empleador tutelándolos incluso frente a las decisiones de los negociadores, especialmente a nivel sectorial o interprofesional. En este sentido, es por ejemplo llamativo que la norma no establezca, en primer lugar, una referencia expresa a la posibilidad, recogida en algunas modalidades, de establecer los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales que podrían ser objeto de este contrato, del mismo modo que tampoco se hace mención alguna a la posibilidad –presente igualmente en ciertos contratos temporales– de fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad y la plantilla total de la empresa.

Frente a ello, podría sostenerse ciertamente que la negociación colectiva no requiere como regla general una habilitación legal, limitándose su ámbito de actuación sólo cuando se vea expresamente constreñida por la norma legal. Y lo cierto es que el art. 4.3 Ley 3/2012 parece permitir de manera general que los convenios colectivos regulen el “régimen jurídico” de este contrato siempre que no se desnaturalizase la modalidad. Ello, en definitiva, parecería abrir la posibilidad –sobre todo en el caso de los convenios de empresa– de un posible papel de este tipo de fuente en la regulación, por ejemplo, de un hipotético número máximo de estos contratos, ya sea absoluto o relativo en función de la plantilla de la empresa o, desde otra perspectiva, de una cierta limitación funcional en el uso de esta modalidad. Pero como decimos, la cuestión es ciertamente compleja, sobre todo en el nuevo contexto general en el que se mueve la relación entre convenio colectivo y ley y ante la falta de claridad sobre el carácter de normas de derecho necesario absoluto o relativo de muchos de estos preceptos.

III.1.3. El régimen jurídico del contrato: sobre su adecuación al marco constitucional y a los compromisos internacionales del Reino de España

Por lo que se refiere ya a su régimen jurídico, es obvio que el art. 4 RDL 3/2012 exige, en primer lugar, que este contrato se estipule a tiempo completo y que, además, se formalice por escrito, sin que obviamente, la posible compatibilidad por el antiguo desempleado de parte de su prestación pueda reducir el salario que debe percibir⁶⁸.

En relación con el primer requisito resulta difícil su comprensión, sobre todo en el seno de una reforma que asume expresamente que este tipo de trabajo a tiempo parcial “constituye” –como veremos– una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo⁶⁹. Si acaso, cabría plantear si detrás de esta opción no subyace el temor a que en los contratos a tiempo parcial la función de tránsito progresivo hacia una mayor estabilidad que se encuentra inserta –al menos teóricamente– en esta modalidad no se realizase con tanto éxito.

⁶⁷ TSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1819/2011 de 8 junio (AS 2011\2304), con cita de otras anteriores y de la TSJ de Madrid de 14 de Mayo de 1998 (AS 1998, 1719).

⁶⁸ En este sentido, aunque recordando los peligros de una interpretación distinta, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 36.

⁶⁹ Ampliamente F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 60-61.

En cambio, mucho más sencilla es la explicación de la forma escrita. Se trataría de un requisito propio, no sólo de las distintas modalidades contractuales atípicas –art. 8 ET–, sino también de las modalidades indefinidas que han planteado singularidades respecto del contrato ordinario –DA 1 Ley 12/2001–, al mismo tiempo que, no cabe olvidarlo, constituye un requisito *ad substantiam* del periodo de prueba cuya duración es, como ya hemos avanzado, la única singularidad expresa que se establece legalmente para esta modalidad. Además, resulta evidente que su ausencia no genera la nulidad del contrato sino sólo –contextualizando lo dispuesto en el art. 8.2 ET– su conversión en indefinido ordinario, y por tanto, la nulidad del periodo de prueba⁷⁰, obvia dada la ausencia de una forma escrita que, como se recordará, no cabe eludir ni tan siquiera cuando se prevea incluso obligatoriamente en el propio convenio colectivo⁷¹.

En realidad, y como ya hemos señalado hasta la saciedad, la “única” singularidad laboral –su incentivo, por tanto, a efectos laborales– se centraba –y aún se centra– en la duración del periodo de prueba, que será, se dice, en todo caso, de un año. Esta expresión legal –“en todo caso”– parece destinada a evitar cualquier otra duración alternativa –fundamentalmente la que quisiera establecerse por parte de la negociación colectiva⁷²–, al mismo tiempo que hace inaplicable la jurisprudencia que durante estos últimos años ha intentado reducir las extralimitaciones de ciertos convenios en relación con la duración del periodo de prueba para actividades de escasa complejidad, independencia, autonomía o exigencia de titulación⁷³.

Ahora bien, parece igualmente evidente que esta duración fija –mayor, por cierto, que la media de los contratos temporales que se celebran habitualmente⁷⁴–, para toda tarea, puede

⁷⁰ En este sentido, nuevamente, el brillante trabajo de R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 31. Igualmente, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 60.

⁷¹ STS (Sala de lo Social), sentencia de 5 octubre 2001 (RJ 2001\9590). Por otra parte, la suscripción por escrito, pero no en el modelo oficial, no debería aparejar más consecuencias que las meramente administrativas –en este sentido, nuevamente, la ya tradicional STS 14 septiembre 1989 (RJ 1989\6439), cuya doctrina, si bien relativa al art. 3 n.º 1.b) del Real Decreto 1445/1982 de 25 de junio, puede considerarse aplicable al caso.

⁷² Aunque se discute si sólo frente a esta. Como ya señalaba L.M. CAMPS RUIZ; “Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012” en AAVV., *La reforma laboral en el RD 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 73, el modelo oficial de contrato ni tan siquiera parece otorgar a las partes la posibilidad de establecer una duración inferior o, simplemente, de no establecer dicho periodo, disfrutando en cambio de unas ayudas que, en cambio, sí parecen disponibles. En un sentido similar, tras un repaso por las distintas opiniones doctrinales, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 32. No obstante algunos autores han postulado la posibilidad de que la autonomía individual pudiera establecer duraciones inferiores o simplemente, prescindir del periodo de prueba –lo que, como decimos, obligaría a no utilizar el modelo oficial, rígido en este aspecto–. Véase J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 58; en un sentido similar F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 59– Y obsérvese que la nueva redacción del art. 4 en la Ley 3/2012, al señalar la nulidad del periodo de prueba –pero no de la utilización de la modalidad contractual, al no incorporar esta regla entre los supuestos de prohibición– cuando el empresario celebre el contrato con un trabajador que ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad, parece abrir la puerta de que ambas partes excluyan por la autonomía individual la propia existencia del periodo de prueba. Y, si se nos permite, quien puede lo más –excluir la presencia del periodo de prueba– también podría lo menos –establecer una duración inferior–. Pero como decimos, la cuestión, además de compleja no deja de parecer un “problema de laboratorio”. Finalmente, una última cuestión. Como vimos, de acuerdo con el art. 4 RDL 3/2012 lo único expresamente vetado a la negociación colectiva era la fijación de una duración distinta del periodo de prueba. De ahí que, al menos a mi juicio, nada cupiera alegar si mediante convenio se establecieran ciertas reglas, por ejemplo formales, de preaviso mínimo, o incluso de establecimiento de una cierta indemnización en el caso de finalización por parte del empleador de cualquier periodo de prueba, sea este de un contrato de apoyo al “emprendedor” u ordinario. Y ello, volvemos a repetir, siempre claro está que con dicha regulación no se desnaturalizase la institución legal.

⁷³ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 12 noviembre 2007 (RJ 2008\701) y aún más recientemente TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 20 julio 2011. (RJ 2011\6680). En ambos casos se trataba de un periodo de dos años para funciones de promotor de ventas.

⁷⁴ Como recuerda J. LÓPEZ LÓPEZ, “Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de la OIT y comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)”, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 39.

suponer en la práctica, una desnaturalización de la institución⁷⁵. Pretender si quiera que este plazo resulte necesario para la comprobación de la aptitud necesaria para el desarrollo, por ejemplo, de tareas de escasa complejidad, responsabilidad y escasa autonomía parece ciertamente incomprensible, sobre todo si recordamos que la duración máxima del mismo en el caso del alto directivo es de nueve meses⁷⁶. De ahí que parezca razonable concluir que lo que en realidad se ha buscado es extender durante este periodo rígido de un año las principales características del periodo de prueba: esto es, la extinción sin necesidad de alegación de causa, sin requisito formal alguno⁷⁷ y sin indemnización establecida⁷⁸, dejando, como única posibilidad de control, la hipotética violación de derechos fundamentales. En definitiva, la inaplicación durante este periodo de la tradicional protección frente al despido injustificado pero sin violación de derechos y normas constitucionales, generando una suerte de despido ad nutum durante dicho lapso, o, en otras palabras, un sucedáneo de un despido libre, en la forma y en la causa, y gratuito, siempre durante el mencionado periodo de tiempo⁷⁹. De ahí que, en realidad, el problema fundamental se centre, de forma mucho más amplia, en la compatibilidad de este tipo de reglas, no sólo con respecto al marco internacional, sino incluso con las propias exigencias de la Constitución española.

En este sentido, y dejando a un lado las posibles –pero seguramente no muy fundadas– dudas relativas a la hipotética violación principio de igualdad⁸⁰, no debe olvidarse que, como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo”. Y que, “en su aspecto individual” este derecho “se concreta”, junto a otros aspectos “en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”⁸¹. Por ello, poco después el mismo Tribunal no dudó en destacar como “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos” en el art. 35 CE ya que “a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza... la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)”⁸². Si a todo ello unimos que el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativa a la Protección en caso de despido injustificado, reconoce igualmente el derecho de todo trabajador a la protección en caso de despido injustificado, o que incluso el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha destacado que “la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el

⁷⁵ Así M.N. MORENO VIDA, “Novedades...”, cit., p. 199 y ss.; J. PÉREZ REY, “El contrato ...”, cit., p. 56.

⁷⁶ Art. 5.1 RD 1382/1985, de 1 de agosto, En este sentido, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo ...”, cit., p. 32.

⁷⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 2 abril 2007 (RJ 2007\3193).

⁷⁸ Baste recordar, por todas, la STS 2 abril 2007 (RJ 2007\3193) reiterando la doctrina de la STS 6-7-1990 (RJ 1990, 6068).

⁷⁹ Por todos, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo contrato ...”, cit., p. 32.

⁸⁰ Aunque el tratamiento distinto de las indemnizaciones por despido en función de las dimensiones de la empresa fue considerado constitucional --STC 6/1984, de 24 de enero de 1984--, algunos autores han destacado que el tema resuelto por aquella sentencia presenta notables diferencias con el art. 4.3 del entonces RDL 3/2012. En este sentido L.M. CAMPS RUIZ, “Contratación...”, cit., p. 73-74. Por el contrario, considerando “difícil” la consideración de este contrato como inconstitucional desde esta concreta perspectiva J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 55. En este mismo sentido. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo contrato ...”, cit., p. 29; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas para...”, cit., p. 65.

⁸¹ STC 22/1981 de 2 de julio FJ 8, reiterada en este punto por la posterior STC 192/2003 de 27 octubre FJ 3.

⁸² STC (Sala Primera) 20/1994 de 27 enero

despido improcedente” constituiría “una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo”⁸³, habríamos de concluir que existen al menos serios argumentos para considerar que una regulación como la establecida en el art. 4 de la Ley 3/2012 podría violar el contenido de este derecho constitucional⁸⁴.

En este contexto, es cierto que nuestro Tribunal Constitucional ha admitido implícitamente en diversas ocasiones la limitación que de este derecho a la causalidad de la extinción empresarial supone el periodo de prueba⁸⁵, del mismo modo que ha admitido igualmente limitaciones a este derecho a la estabilidad ligadas a políticas de fomento del empleo —por ejemplo, en los supuestos de jubilaciones forzosas—. Pero no debe olvidarse, en primer lugar, que el carácter genérico y extraordinariamente amplio de este periodo ciertamente lo desnaturalizan como periodo de prueba convirtiéndolo en una mera norma de elusión de las reglas de protección del empleo a través de la cual se especifica el contenido del art. 35 CE. De ahí que, en segundo lugar, si la justificación se centrara en el objetivo real de la norma —la creación de empleo, el derecho al empleo desde su vertiente colectiva, el fomento de la actividad económica y la libertad de empresa (art. 38 CE)— parecería lógico recurrir al triple test de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto, propios del principio de proporcionalidad⁸⁶ que, como es bien sabido, se ha convertido en la auténtica piedra de toque de todo intento de analizar las decisiones legislativas que, como consecuencia del equilibrio de derechos o valores constitucionales, supongan una restricción o limitación a un derecho constitucional, especialmente —aunque no solo⁸⁷—, de los derechos fundamentales.

Pues bien, si esto es así, junto a la previsión legal y a la legitimidad de la justificación de la medida —aspectos estos que aquí se dan por solventados—, resultaría necesario analizar —sin desconocer, obviamente, la incertidumbre que este tipo de juicios siempre generan y las posibles críticas a la posible invasión de terrenos cuya soberanía debería corresponder al legislador⁸⁸ — si, como decimos, en estos casos dicha limitación del derecho al trabajo es susceptible de conseguir el objetivo propuesto —juicio de idoneidad—; si, además, y en segundo lugar, la misma es necesaria al no existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —juicio de necesidad—; y si finalmente, y en tercer lugar, si la misma es pon-

⁸³ Observación general n. 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, relativa al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/GC/18), disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gen-comm/epcomm18s.html>

⁸⁴ Véase J. PEREZ REY, “El contrato de apoyo...”, cit., p. 58 a 64; M.N. MORENO VIDA, “Novedades en materia...”, cit., p. 199 y ss.; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo contrato...”, cit., p. 33; P. ARAMENDI SÁNCHEZ “Notas...”, cit., punto 1. De “dudosa constitucionalidad” dada su desproporción, habla C. MOLINA NAVARETE, “Intermediación y políticas activas...”, cit., p. 156. Véase, no obstante, la opinión del Consell de Garanties Estatutàries, que en su Dictamen 5/2012, de 3 de abril, sobre el Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral —disponible en <http://www.cge.cat/es/dictamens/>—, señaló expresamente que el apartado 3 del artículo 4 del RDL 3/2012 no es contrario a los artículos 35.1 y 14 CE en la medida en la que, “mediante las medidas de incentivo destinadas a las dos partes del contrato laboral, promueve el compromiso empresarial con la configuración de una relación contractual más estable, calidad esta que forma parte del contenido constitucionalmente garantizado del derecho al trabajo”. Obsérvese, no obstante, que las medidas analizadas por el Dictamen —bonificaciones y percepción por el trabajador de un porcentaje de su prestación por desempleo— no son aplicables en todos los casos. En una línea similar, aunque reclamando lógicas y plenamente compartibles modificaciones legislativas F.J. GOMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 68.

⁸⁵ Baste recordar la STC 198/1996 de 3 diciembre y las allí citadas.

⁸⁶ Sobre este principio, por todos, J.C. GAVARA DE CARA, “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales”, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 2003, n. 16 (BIB 2003/1386). En la doctrina del TC, especialmente clarificadoras son las SSTC 98 y 186/2000 que se apoyan en las SSTC 142/1993, F. 8 y 202/1999, F. 2.

⁸⁷ STC 66/1991, de 22 de marzo de 1991.

⁸⁸ Paradigmático en este campo son varios los votos particulares—en especial el del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas— en la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999.

derada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto —proporcionalidad en sentido estricto⁸⁹.

Pues bien, por lo que se refiere al primero —idoneidad— es bien conocido la laxitud con la que nuestro Tribunal ha analizado esta exigencia, bastando con que la restricción mantenga algún tipo de relación de adecuación con la finalidad perseguida, al exigir, en sentido contrario, que la restricción legal sea plenamente inadecuada para la consecución de la finalidad. Y desde esta perspectiva, es obvio que podrá discutirse si esta modalidad puede fomentar el empleo desde una perspectiva científica, del mismo modo que podrá señalarse que el incremento de plantilla o incluso su mero mantenimiento sólo es obligatorio en caso de incentivo fiscal o bonificación. Pero lo que difícilmente creo que podrá sostenerse —salvo que queramos inmiscuirnos en terrenos que deben formar parte de la capacidad de opción del legislador— es que no existe una absoluta inadecuación o una total falta de idoneidad que deberían llevarnos a considerar no superado este primer test de constitucionalidad.

Y similares dudas presenta el test de necesidad ya que en este caso sería necesaria la determinación expresa y concreta de otros medios o instrumentos que persiguieran y logaran —esto es lo más importante— la misma finalidad, pero que resultaran menos perjudiciales o supusieran una menor limitación en el ejercicio del derecho constitucional; algo que resulta ciertamente complejo en el campo de medidas de política de empleo y más en relación con el problema del desempleo. La determinación del medio más benigno partiría así de la constatación de la existencia igualmente efectiva de ambas vías, y es aquí donde resultaría difícil ofrecer el término de comparación adecuado⁹⁰.

De ahí que las dudas, como no, se centren en el tercer test que este principio conlleva —proporcionalidad en sentido estricto—. Y ello ya que en este caso, lo que sí parece evidente es que la terrible profundidad de la limitación del derecho constitucional afectado, unida a su impacto sobre la tutela de la posición jurídica del empleado y consiguientemente, sobre otros bienes o derechos constitucionalmente ligados a la misma, pueden plantear al menos —y repetimos con todas las dudas que este tipo de juicios siempre conllevan— si existe o no la necesaria proporción entre la medida, su control, su resultado y el fin perseguido dentro de un sistema constitucional que asumió el derecho al trabajo como un elemento básico dentro del conjunto de derechos y libertades de los ciudadanos. Y ello sin olvidar que, obviamente cuanto más intensa sea la restricción del derecho constitucional, cuanto más intensa su limitación, más clara e importante debe ser la protección del bien constitucional sobre el que se basa la misma y con mayor rigor deben analizarse los argumentos que aparentemente justifiquen dicha medida⁹¹. Es, en definitiva, desde esta perspectiva y teniendo presente, la gravedad e intensidad de la limitación de la protección del derecho del trabajo, desde la que debieran analizarse la cuestión, teniendo en cuenta, por ejemplo si esta modalidad garantiza o no realmente un incremento del empleo —ya que como veremos, el incremento de plantilla sólo se exige a determinados efectos de fomento fiscal—, si garantiza o no el simple mantenimiento del nivel alcanzado —algo que, como nuevamente veremos, solamente se exige a efectos de bonificación— o si del conjunto de la regulación —como consecuencia, por ejemplo, de la duración anual de la limitación, del carácter temporal de la norma, de la posible compatibilidad parcial con las prestaciones por desempleo, de las medidas de fomento para mejorar la estabilidad y el tránsito de estos empleados a una situación de aplicación de las normas de protección de empleo— cabría deducir, o no, el necesario equilibrio, la razonabilidad entre perjuicios y ventajas en relación con el bien o los bienes objeto de conflicto, teniendo en cuenta, por ejemplo, la inexistencia de toda indemnización para el trabajador, la ausencia de cualquier garantía de forma en la extinción o de una regla que clara y formalmente impidan la mera rotación de trabajadores en el mismo puesto de trabajo

⁸⁹ Por todas, recientemente STC 96/2012 de 7 mayo, con cita, entre otras de las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril; de 29 de junio; 86/2006, de 27 de marzo; 206/2007, de 24 de septiembre; y 173/2011, de 7 de noviembre.

⁹⁰ *Vid.* J.C. GAVARA DE CARA, “El principio ...”, cit., apartado 6.

⁹¹ Sobre este test, nuevamente, de J.C. GAVARA DE CARA, “El principio...”, cit., apartado 7.

permitiendo con ello una posible y simple precarización del empleo, sin garantizar en todo caso y necesariamente, ni su crecimiento, ni, como decimos, la mera conservación del nivel de empleo indefinido alcanzado globalmente con la contratación. Una cuestión, por tanto, extraordinariamente dudosa, llena de matices, pero cuya mera existencia supone ya, no cabe desconocerlo, un factor que pudiera desincentivar su utilización.

En cualquier caso, lo que también es evidente es que en la valoración de este tipo de relaciones y, por tanto, en la superación de este tipo de test, suele señalarse como uno de los posibles criterios de valoración los antecedentes de otros órganos internacionales⁹². De ahí, como decimos, la necesidad de profundizar en la segunda vertiente antes señalada: la posible inadecuación de este régimen jurídico con las obligaciones internacionales asumidas por España y, en especial relación, con el Convenio 158 OIT.

En este sentido, como se recordará, y como ya en su momento señaló la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la propia OIT, la ratificación de dicho Convenio –realizada por España mediante Instrumento de 18 de febrero de 1985⁹³– conducía a que el empleador perdiese la facultad de poner término unilateralmente a una relación de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización. En realidad, el artículo 4 del Convenio no se limitaría a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que, ante todo, exigiría que en virtud del «principio fundamental de la justificación» no se despidiese a un trabajador salvo que existiera algún motivo relacionado con su capacidad o conducta, o con las necesidades de funcionamiento de la empresa⁹⁴.

Pues bien, es cierto que existen excepciones a este principio. Así, a nadie escapa que el art. 2.2 del mencionado Convenio establece que todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del Convenio a “los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”; del mismo modo que, de acuerdo con el art. 2.5 “en la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas.. habida cuenta de... la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea”.

Ahora bien, dejando a un lado, al menos por ahora, esta segunda posibilidad –cuyas condiciones de aplicación, por cierto, también hubieran podido plantear serios problemas⁹⁵–, es evi-

⁹² J.C. GAVARA DE CARA, “El principio...”, cit., apartado 7.

⁹³ BOE de 29 de junio de 1985, núm. 155.

⁹⁴ Ampliamente sobre este tema véase OIT, Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, 2008, disponible en <http://bit.ly/lkMHkw>.

⁹⁵ Recuérdese, en primer lugar, que el art. 2.5 del Convenio 158 condiciona esta posibilidad a una previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores interesadas, que la misma Comisión de Expertos recordó que debía ser útil para “poder influir en la decisión”, algo que, como ya hemos visto, difícilmente puede predicarse del proceso previo en el caso español. Y en segundo lugar, que el art. 2.6 del mencionado Convenio obligaba a los Estados Miembros a que “todo miembro que ratifique el presente Convenio deberá enumerar, en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del presente artículo, explicando los motivos de dicha exclusión y deberá indicar en las memorias subsiguientes el estado de su legislación y práctica respecto de las categorías excluidas y la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a tales categorías”. Y en este sentido, no está de más recordar como la ausencia de esta mención en la primera de aquellas memorias condujo, en el caso de otros países, a la consideración por la Comisión de que aquella legislación no era conforme con el Convenio 158 OIT. Véase, por ejemplo, la Observación (CEACR) de 2007 relativa a Australia y disponible en <http://bit.ly/lhVing>. En relación con una cuestión similar respecto de Turquía véase OIT, Nota sobre el Convenio núm. 158..., cit., p. 7.

dente que la propia configuración de la norma española centra el problema de la compatibilidad entre esta modalidad y el Convenio 158 en la posibilidad o no de incardinar su regulación en el campo de exclusión previsto en el art. 2.2 C. 158. Y desde esta perspectiva, parece evidente que seguramente el caso más cercano al que aquí analizamos se encuentra en el Informe del Comité encargado de examinar la reclamación de la Confederación General del Trabajo que en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT alegaba el incumplimiento por Francia del Convenio 158 por la Ordenanza núm. 2005-893⁹⁶. Como se recordará aquella norma permitía para toda nueva contratación en las empresas que empleasen a lo sumo 20 trabajadores un contrato de duración indefinida, denominado contrato de trabajo «para nuevas contrataciones»; un contrato que podía resolverse durante los dos primeros años a instancia de cualquiera de las partes mediante notificación por carta certificada, con la singularidad de que cuando la terminación se produjese por iniciativa del empleador, este debía dar un preaviso de dos semanas a un mes –según la antigüedad de la persona interesada– y una indemnización equivalente al 8% de la cuantía total de la retribución bruta adeudada al trabajador desde la conclusión del contrato. Pues bien, más allá de los avatares internos de esta modalidad⁹⁷, lo que nos interesa resaltar aquí es que para el Comité, “las consideraciones programáticas subyacentes a la institución del CNE, con inclusión en particular del fomento de un empleo pleno y productivo, bien podrían haber justificado, por su índole, la adopción de medidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del artículo 2, pero que “guardan escasa relación con las situaciones contempladas en el párrafo 2 del artículo 2” que son, sin duda, las que más interesan a nuestro caso. Y que en todo caso, “la principal preocupación debería estribar en garantizar que la duración del período de exclusión de los beneficios derivados del Convenio quede limitada a lo que cabe considerar razonablemente necesario a la luz de los objetivos para los cuales se instauró este tiempo de servicios”, unos objetivos a los que, en nuestro caso, apenas se refiere el RDL 3/2012 en su Exposición de Motivos al señalar que con esta medida se pretende fomentar la contratación por las pequeñas empresas.

Desde esta perspectiva, y si esto es así, el núcleo de la cuestión se focalizaría no ya tanto en analizar –como en el caso francés– si este lapso de tiempo es razonable y proporcionado con la doble finalidad de que los empleadores midiesen “la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa» y de “permitir a los trabajadores interesados que adquieran cualificaciones o experiencias”. La razonabilidad provendría de su conexión con la prueba de aptitudes y actitudes en el puesto de trabajo, pues tal es la institución que sin más justificación expresa asume el legislador español. Y desde esta perspectiva vuelven a asaltarnos las dudas sobre la razonabilidad de esta exclusión para todas y cada una de las funciones para las que puedan ser contratados estos empleados –con independencia, por tanto, de su complejidad, autonomía, dificultad o titulación exigida–⁹⁸. Y ello es importante ya que más allá de la virtualidad hermenéutica que el Tribunal Constitucional ha dado en ocasiones a Convenios y Recomendaciones de la OIT⁹⁹, en este caso recuérdese que el art. 96 CE impone que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno y “sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”; una forma ésta, por cierto, ciertamente rígida a tenor del art. 17 del mismo Convenio¹⁰⁰.

⁹⁶ GB.294/17/2):(GB.300/20/6) disponible en <http://bit.ly/JI3MnN>.

⁹⁷ Vid. G. AUZERO, “El contrato de trabajo de nuevo empleo: una traducción francesa de la flexiseguridad” en AAVV., *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad*, La ley, 2007, p. 91 y ss.; E. GRAVEL, Q. DELPECH. “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional”, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2008, vol. 127, núm. 4, p. 449 y ss. Sobre la distinta consideración que la misma mereció para el Consejo de Estado y para la Corte de Casación Francesa, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 66 y ss. Sobre el tema, igualmente, M.N. MORENO VIDA, “Novedades en materia...”, cit., p. 201.

⁹⁸ Considerando que este tipo de regulación violaría el Convenio 158, J. LÓPEZ LÓPEZ, “Elementos...”, cit., p. 42 y ss.; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 33.

⁹⁹ Por ejemplo, SSTC 191/1998, de 29 de septiembre; 236/2007 de 7 noviembre.

¹⁰⁰ Señalando esta posibilidad si la duración de un año no fuera razonable a los efectos del art. 2.2.b) del Convenio, L.M. CAMPS RUIZ, “Contratación...”, cit., p. 74.

En definitiva, y para concluir, que ya sea desde una perspectiva constitucional, como desde otra —inevitablemente conectada— ligada a su compatibilidad con las obligaciones internacionales asumidas por España, esta modalidad presenta serias dudas que sin duda, pueden ser uno de los elementos que, hasta su definitiva resolución —algo que puede postergarse en el tiempo—, podría ser una de las causas que están limitando su desarrollo durante estos primeros meses de vigencia de la reforma laboral.

III.1.4. El cierre del sistema: algunas notas sobre el fomento económico como mecanismo de una mayor estabilidad y sobre la posible dualidad de esta propia modalidad

En cualquier caso, y como ya comentábamos al principio de estas líneas, otro de los aspectos más llamativos del régimen jurídico de esta modalidad era y es la especial imbricación entre su régimen jurídico y su fomento económico; una imbricación que seguramente se explica por la especial función que la misma desarrolla dentro de la lógica y el desarrollo del contrato.

En este sentido, es obvio que si la incentivación de esta modalidad se redujera al simple periodo de prueba rígido y anual se correría el riesgo, ciertamente significativo, de que estos contratos sufrieran una altísima mortalidad durante el primer —y, por tanto único— año de vida, al mismo tiempo que, dada la ausencia de cualquier exigencia sobre el demandante de empleo seleccionado, se convertiría en una medida genérica de fomento, limitando su posible impacto sobre los grupos más necesitados de inserción.

Pues bien, a intentar cubrir ambas necesidades van dirigidas, seguramente, las medidas de fomento económico, ya sean estas relativas a la imposición del empleador, o a las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social. En este sentido, la presencia e importancia de las mismas, unida a la necesidad de que para disfrutarlas deba mantenerse el contrato vivo durante un mínimo de tres años —una exigencia esta a la que el art. 4.7 la Ley 3/2012 añadió el mantenimiento del nivel de empleo alcanzado durante un año¹⁰¹, mientras que en el caso de las deducciones por creación de empleo el art. 43.2 del RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, reclama ahora "un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a la existente en los doce meses anteriores"— facilitaría, como decimos, el tránsito fundamental del periodo de casi plena libertad de extinción de un año, al posterior y más rígido, en el que sí es plenamente aplicable el marco normativo de protección del empleo¹⁰². De este modo —y dejando a un lado la clara ampliación de los supuestos en los que estas obligaciones no se considerarán incumplidas en el art. 4 de la Ley 3/2012¹⁰³ y la distinta redacción de esta excepción

¹⁰¹ Obsérvese, por tanto, que no parece exigirse un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa como acontecía en el art. 10.5 Ley 35/2010 ni el mantenimiento se especifica que sea sólo del nivel de empleo indefinido. En este sentido, véase —si bien en relación con el RDL 3/2012— R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, "El nuevo...", cit., p. 38.

¹⁰² Por todos, C. MOLINA NAVARRETE, "Intermediación y políticas activas de empleo. Una urgente reforma 'que brilla por su ausencia'", en *Temas laborales*, 2012, n. 115, p., p. 156; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, "El nuevo...", cit., p. 33.

¹⁰³ Como se recordará el art. 4.7 RDL 3/2012 señalaba expresamente que "no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador". Sin embargo, el mismo precepto de la Ley 3/2012 extiende esta excepción a los despidos objetivos declarados o reconocidos como procedentes, así como por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato —ampliación, esta última que, lógicamente cobra su sentido por la nueva obligación de mantenimiento del nivel de empleo alcanzado durante al menos un año—. Sobre algunas de las cuestiones planteadas por la redacción anterior véase, nuevamente, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, "Medidas...", cit., p. 72.

en el art. 43 RD Legislativo 4/2004¹⁰⁴ relativas a las deducciones fiscales— lo que sí parece claro es que con esta exigencia de mantenimiento trianual, desde el inicio de la relación, se potenciarían las transiciones materiales entre ambos marcos jurídicos, intentando subsumir en una única relación los casos relativamente frecuentes en nuestro sistema en los que la contratación temporal —directa o vía ETT— actuaba, y aún actúa como una especie de periodo de prueba para una posterior contratación indefinida del mismo trabajador.

Y por otra parte, es obvio también que la selección en este caso de determinados colectivos de trabajadores, fundamental, aunque no exclusivamente, en función de la edad, para el apoyo económico de su contratación y estabilidad, potenciaría su consideración como una medida específica y no genérica de creación de empleo. Si acaso con la singularidad del progresivo distanciamiento entre los colectivos incentivados mediante deducciones fiscales y de los grupos cuya cotización es bonificada a efectos de Seguridad Social. Y ello ya que, mientras en el caso de las bonificaciones, estas se dirigen claramente a dos de los colectivos más postergados en nuestro mercado de trabajo —desempleados¹⁰⁵ jóvenes y mayores de cuarenta y cinco años¹⁰⁶— prestando una especial atención a las mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, en el caso de las reducciones fiscales se incentiva no ya sólo la primera contratación por la empresa de menores de 30 años, sino también, y esto es lo más llamativo, los perceptores de prestaciones contributivas de desempleo, singularmente las de alta cuantía y de amplia duración, un colectivo este que difícilmente se cualifica por su escasa empleabilidad, lo que, seguramente, demuestra que en este caso su justificación se centra básicamente en el ahorro para las arcas públicas¹⁰⁷.

Ahora bien, más allá del análisis concreto de dichas medidas —en las que no podemos entrar aquí dada su extensión, aunque sí son remarcables sus profundas modificaciones en el procedimiento legislativo¹⁰⁸— lo que nos interesa destacar ahora, desde la óptica que guía a estas páginas, es que esta presencia de dos submodalidades —según la presencia o no de incentivos económicos— unida al papel que teóricamente debieran desarrollar estas medidas como instrumentos potenciadores de una mayor estabilidad —al menos durante los tres primeros años— deja en el aire la posibilidad de que se produzca una auténtica segmentación en la forma de gestión y en el tipo de utilización que se haga de esta misma modalidad en función de que el

¹⁰⁴ De hecho, el art. 43.3 RD. Legislativo 4/2004 establece que no se entenderá incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga, una vez transcurrido el periodo de prueba, por causas objetivas o despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador." Recuérdese, en relación con la tributación por renta lo establecido en el art. 68.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

¹⁰⁵ No es necesario que sean perceptores de prestaciones por desempleo —R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, "El nuevo...", cit., p. 37—, aunque sí deben estar inscritos en la oficina de empleo.

¹⁰⁶ Sin mayores aditamentos. Obsérvese que a diferencia de lo que ocurría en el art. 10 Ley 35/2010, el RDL 3/2012 no se reclamaba, con respecto a los jóvenes, ni una duración de la inscripción previa en la oficina de empleo, ni que hubieran fracasado en la escolaridad obligatoria o carecieran de titulación profesional. Y aunque este RDL 3/2012 sí reclamaba todavía para los mayores de 45 un cierto periodo de inscripción previo en la Oficina de Empleo —al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación— resulta llamativo comprobar como esta exigencia desaparece en la misma norma de la Ley 3/2012.

¹⁰⁷ Sobre los efectos perniciosos de sustitución de este tipo de incentivos entre el colectivo de desempleados, postergando a los parados de larga duración, a los que hayan agotado la prestación contributiva, o a los que tengan menores prestaciones, plantando incluso la inconstitucionalidad de la misma R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, "El nuevo...", cit., p. 36.

¹⁰⁸ Sobre estos incentivos económicos en el RDL 3/2012, C. MOLINA NAVARRETE, "Intermediación...", cit., p. 155 y ss. —que ya anticipaba la probabilidad de estas modificaciones en el definitivo texto legal—; M.N. MORENO VIDA, "Novedades...", cit., p. 203; J. PÉREZ REY, "El contrato...", cit., p. 86.; F.J. GOMEZ ABELLEIRA, "Medidas...", cit., p. 5 y ss.. Especialmente interesante y denso R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, "El nuevo...", cit., p. 34 y ss.

empleador pueda, o incluso escoja, utilizar o no estos incentivos. Y ello porque no parece disparatado prever que en aquellos casos en los que no se produzca apoyo económico, la tasa de extinciones de esta modalidad durante el primer año puede llegar a ser enormemente alta y, desde luego, bastante más intensa que la propia de aquellos pactos en los que sí exista esta incentivación económica. Y si esto fuera así, la distinción entre trabajadores cuya contratación se incentiva y aquellos a los que no podría acabar generando –eso sí, en la siempre impredecible práctica española– dos tipos de carreras y dos modelos de transiciones-tipo completamente distintos, con el riesgo que ello supone de nueva segmentación entre los colectivos bonificados y no bonificados. Y todo esto, además, sin dejar de señalar que en estos casos quizás fuera necesario analizar –como ya comentamos en la primera parte de este trabajo– hasta que punto estas medidas no tienen, en primer lugar, un simple efecto peso muerto sobre decisiones de contratación indefinidas ya tomadas por el empleador –en cuyo caso el gasto resulta especialmente ineficiente,–; en segundo lugar, si realmente las mismas tienen el efecto sustitución hacia ciertos colectivos cuyo principal dificultad, obsérvese, no es siempre su tasa de temporalidad sino su situación de desempleo –dando una pista más de que nos encontramos, ante todo, frente a un instrumento básicamente de creación de empleo, más que de lucha material y no simplemente formal frente a la temporalidad–; y, en tercer y último lugar, si con estas medidas se corre el riesgo de repetir anteriores experiencias, generando una alta mortalidad de este tipo de contratos cuando concluya el periodo de incentivación.

En cualquier caso, la actual ausencia de información oficial detallada sobre el uso y la tipología de estos contratos –al menos durante los primeros meses de vigencia de la reforma– impiden conocer con seguridad si su uso se está centrando en los colectivos bonificados o en los que no. El peso de cada uno de estos colectivos será, seguramente, un indicador extraordinariamente clarificador de cómo han percibido realmente los operadores económicos esta modalidad. De ahí que debamos esperar a dichos datos, y a su estudio, para profundizar en esta cuestión.

III.1.5. Sobre el riesgo de su posible uso para la cobertura de necesidades temporales

Finalmente, y antes de entrar en el análisis de los primeros y escasos datos sobre el impacto de esta modalidad, el último de los aspectos de su régimen jurídico que nos interesa resaltar, especialmente desde la perspectiva que guía estas líneas es la posibilidad, señalada incluso por alguna institución comunitaria, de acuerdo con el cual, a través de esta vía, aparentemente indefinida, podrían acabar articulándose anteriores contratos materialmente temporales¹⁰⁹.

Para comprender esta hipótesis debemos partir de un dato aparentemente obvio; y es que en cuanto teórico contrato indefinido, la estipulación de este contrato no requiere justificación causal alguna. De ahí que, llevado al extremo, nada impediría, al menos formalmente –y este es, como veremos, el problema– que a través de esta modalidad no incentivada económicamente se articulara igualmente la cobertura de necesidades temporales de empleo para la empresa. Esta utilización de un contrato formalmente indefinido para una necesidad temporal puede parecer –si se nos permite la expresión– “el mundo al revés”; una suerte de viaje de Alicia a un país que ciertamente no es el de las maravillas. Pero si se analiza con detenimiento, desgraciadamente, y como sintoma, quizás, de los tiempos que nos han tocado vivir, no resultaría nada descabellado. Y ello porque en este caso, un análisis económico de la flexibilidad de este

¹⁰⁹ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión la Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012 que acompaña al documento Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España para 2012-2015, Bruselas, 30.5.2012 SWD(2012) 310 final, p 19: “existe el riesgo de que las empresas utilicen el periodo de prueba de un año para transformar este contrato en un contrato temporal de hecho, de baja calidad y con costes de rescisión nulos”.

contrato, repetimos teóricamente “indefinido”, frente a la contratación temporal estructural es netamente favorable para la modalidad que estamos estudiando¹¹⁰.

Lo es, en primer lugar, en cuanto a los costes de salida, de nueve días por año de servicio para los principales contratos temporales estipulados a partir del 1 de enero de 2012 –y, recuérdese, incrementados progresivamente hasta los doce días definitivos–, frente a los cero días de salario del contrato de apoyo “a los emprendedores” durante el primer año de la relación; lo es en cuanto a los rigores formales y de preavisos para esta extinción; lo es en cuanto a la causalidad de la contratación y, por tanto, a los riesgos de posible reclamación judicial e indemnización, y lo es, por último, y es quizás lo más llamativo, en cuanto a la estabilidad material y no meramente formal de la que disfruta el empleado. Y ello porque esta modalidad no es equiparable, como en ocasiones se ha señalado, a los viejos contratos temporales de fomento del empleo. Aquellos, al igual que por ejemplo los actuales contratos eventuales, daban al trabajador una “estabilidad” en la precariedad, ya fuese esta de semanas o, incluso, meses. En cambio, si se observa con atención es fácil intuir que este nuevo contrato de apoyo al “emprendedor” no da estabilidad alguna durante el primer año de servicio; el trabajador está permanentemente sometido al riesgo de la extinción sin causa y, en principio, sin ningún tipo de límite formal ni de coste económico durante cada uno de los primeros –y en ocasiones, nos tememos, sobre todo en las modalidades no bonificadas, últimos– trescientos sesenta y cuatro días del contrato.

Por todo ello, no es totalmente impensable, sobre todo en el caso de la modalidad sin bonificaciones, que este tipo de contrato, sobre todo si se solventaran las dudas sobre su viabilidad y se sostuviera la casi ausencia de control judicial en su resolución durante el primer año, a pesar de rotaciones de distintos trabajadores en el mismo puesto de trabajo, pudiera llegar a ser utilizado, llamativamente no ya para cubrir necesidades indefinidas, sino temporales, produciéndose la extinción, mucho más flexible en tiempos, formas y costes económicos, cuando finalice la necesidad temporal, amparándose el empresario en una inexistente “no superación” de una prueba, sólo formalmente utilizada.

Y es precisamente esto, al menos a mi juicio, lo absoluta y totalmente inadmisibles¹¹¹. Por ello creemos que situaciones como las antes descritas deberían ser expresamente calificadas como fraude de ley; un fraude de ley –nuevamente “el mundo al revés”– en el que esta modalidad “indefinida” debería considerarse como la norma de cobertura para evitar la aplicación de la norma realmente aplicable. Ello conllevaría, al menos en principio, que de demostrarse –obsérvese, por el trabajador, ya que el fraude no se presume– que esta modalidad “indefinida” ha sido utilizada para cubrir necesidades realmente temporales, debería aplicarse al menos en beneficio del asalariado aquellas normas que pudieran beneficiarle y que intentaron ser eludidas por el empleador mediante tal norma de cobertura: la indemnización del art. 49.1.c) ET o, por mencionar otro ejemplo, los días en su caso de preaviso previstos en el convenio. Y todo ello sin olvidar

¹¹⁰ Véase J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia...”, cit., p. 35. En sentido similar J. PÉREZ REY, “El contrato...”, cit., p. 51; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, M. LUCAS DURÁN, “El nuevo...”, cit., p. 33; P. ARAMENDI SÁNCHEZ “Notas...”, cit., punto 1.

¹¹¹ Algunos autores han apuntado la necesidad de que nuestro ordenamiento tuviera que incorporar en estos casos algunas de las medidas establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 –F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Medidas...”, cit., p. 58–. Sin embargo, y aún compartiendo lo enormemente deseable de estas propuestas, creemos que las mismas lo serían más de lege ferenda, ya que, como se recordará, el propio acuerdo limita su ámbito de aplicación –cláusula 2.1– a los trabajadores con un trabajo de duración determinada, definiendo igualmente a estos trabajadores –cláusula 3– como aquellos con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el fin del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”. Y aunque materialmente coincidimos con el autor en este posible uso, parece claro que formal y desgraciadamente no parece que nos encontremos ante el supuesto de hecho de la norma comunitaria.

que, llevado a su extremo cabría incluso plantear si una utilización de esta modalidad para cubrir necesidades temporales no sería o debería ser considerada como un claro indicio del carácter fraudulento del periodo de prueba, de la omisión de dicha prueba, y por tanto, e incluso, de la consideración de dicho contrato como un mero contrato indefinido ordinario con las consiguientes consecuencias sobre la pretendida extinción empresarial al amparo de un periodo de prueba que debiera considerarse, entonces, simple y llanamente nula y, por tanto inexistente. Pero en cualquier caso, tendremos que esperar a los futuros datos de esta modalidad para detectar hasta que punto la misma “tiene éxito”, no ya sólo para articular nuevas necesidades indefinidas, sino también para encubrir necesidades temporales maquillando así de manera simplemente formal los datos de temporalidad.

III.1.6. Los primeros datos estadísticos sobre la modalidad y su impacto sobre la tipología de contratación

Tras todo lo ya dicho, es fácil entender que esta modalidad fuese percibida desde un principio como una posible variable, ciertamente importante en la posible evolución de la tasa de temporalidad.

Sin embargo, y confirmando las incertidumbres que normalmente genera la reacción de nuestro mercado de trabajo a las sucesivas reformas laborales, lo cierto es que los primeros y no muy precisos datos proporcionados por el MEYSS señalarían que desde la entrada en vigor del RDL 3/2012 —esto es, y al parecer, desde febrero a agosto de 2012— se habrían suscrito solo 50.232 contratos de este tipo, de los cuales 24.273 se habrían realizado con menores de 30 años¹¹². Si esto fuera así, el peso porcentual de esta modalidad sería, ciertamente muy escaso, con un impacto similar o incluso inferior en su momento al que tuvo el contrato de fomento de la contratación indefinida¹¹³.

III.2. La reforma del resto de modalidades contractuales: en especial del contrato a tiempo parcial y del contrato para el aprendizaje y la formación

Por otra parte, y dejando a un lado el tratamiento de un contrato a distancia, que no aborda muchos de los principales problemas que plantea el teletrabajo¹¹⁴, y del contrato de fomento de la contratación indefinida, que, como ya hemos visto, nunca alcanzó el papel central que se preveía desde 1997 —y que desaparece simple y llanamente al generalizarse su principal rasgo distintivo como era la indemnización por despido objetivo improcedente¹¹⁵—, parece lógico cen-

¹¹² Ante la ausencia de datos en las principales series del MEYSS, los aquí reflejados se han extraído de <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/1749>

¹¹³ Si tenemos en cuenta que de acuerdo con los datos de Movimiento Laboral Registrado, durante estos mismos meses, de febrero a agosto de 2012, se suscribieron un total de 7.851.756 contratos, de los cuales 603.559 serían indefinidos y 368.365 indefinidos a tiempo completo, esta modalidad sólo supondría el 0,6% del total de los contratos celebrados en este periodo, el 8,3% del total de los contratos indefinidos, y el 13,6% de los acuerdos indefinidos a tiempo completo. De hecho, los escasos datos que parecen proporcionar algunos servicios públicos autonómicos de empleo parecen mostrar igualmente una utilización bastante reducida de esta modalidad; una utilización reducida, difícilmente explicable, pero que quizás encuentre posibles explicaciones en un cúmulo de circunstancias como las dudas sobre su viabilidad constitucional, el temor a la posible interpretación judicial de ciertas cláusulas generales como la buena fe, el abuso de derecho o el fraude de ley —a los que desgraciadamente la reforma ha remitido en muchos casos la tutela del trabajador—, el hecho de que hasta hace poco tiempo existieran dudas sobre su posible utilización mediante la conversión de previos contratos temporales, o, incluso, el temor reverencial que los empresarios parecen mostrar hacia la contratación indefinida unida al impacto desigual que la reducción de la indemnización por despido improcedente tendría entre contratos temporales o indefinidos. En todo caso, parece necesario dar un mayor margen temporal al desarrollo de esta modalidad.

¹¹⁴ Se comparten, pues, las acertadas palabras de L.M. CAMPS RUIZ; “Contratación...”, cit., p. 78 y ss. Un elenco y estudio de estas omisiones en A. B. MUÑOZ RUIZ, “Trabajo a distancia”, en AAVV., Reforma Laboral 2012. Análisis práctico..., cit., p. 131-133.

¹¹⁵ En este mismo sentido, por todos, L.M. CAMPS RUIZ; “Contratación...”, cit., p. 70.

trar nuestra atención en la reforma de las dos restantes modalidades afectadas por la Ley 3/2012, si bien focalizando nuestra atención en aquellos aspectos que más nos interesan desde el objetivo de estas líneas: su posible impacto sobre la segmentación y la temporalidad.

Comenzando por la reforma del contrato a tiempo parcial, de todos es sabido como uno de los rasgos que tradicionalmente han caracterizado nuestro mercado de trabajo ha sido –o, como veremos, en parte quizás fue– el escaso desarrollo de esta modalidad, sobre todo si lo comparáramos con lo que sucede en otros países europeos como, por ejemplo, Holanda, Alemania o el Reino Unido¹¹⁶. No es éste el momento de repasar las causas de esta tradicionalmente escasa utilización, ni de destacar como, seguramente, fue éste uno de los factores que justificaron la alta tasa de desempleo en nuestro país. Lo importante, al menos a los efectos que aquí interesan, es señalar como entre las posibles causas se encontraban no sólo los vaivenes legislativos –conectados con la ausencia de un consenso generalizado sobre aspectos fundamentales de su regulación– o su escasa aceptación voluntaria por parte de los trabajadores, sino también la generalizada preferencia empresarial por el contrato temporal como instrumento básico, central, y casi único de flexibilidad laboral.

Desde esta perspectiva resulta necesario, en segundo lugar, destacar que la lucha contra la temporalidad tampoco ha sido extraña al desarrollo normativo de esta modalidad. De hecho, el binomio formado en 1998 por la prohibición de horas extraordinarias de un lado, y la limitación a los contratos indefinidos de la posible utilización de las horas complementarias por el otro, podía y seguramente debía ser asumido como una medida más destinada a luchar contra la temporalidad y a fomentar la contratación estable¹¹⁷. Y ello porque sin entrar aquí en las posibilidades –especialmente frecuentes en sectores como los grandes almacenes– de “ampliar temporalmente” las jornadas de los trabajadores temporales a tiempo parcial, de utilizar la vía del art. 41 ET para ampliar o reducir las jornadas de estos empleados, o simplemente, de proceder a la extinción de un contrato para la firma de otro, de lo que no cabía duda era de que el legislador había querido limitar esta institución de flexibilidad distributiva, pero también cuantitativa del tiempo de trabajo –el pacto de horas complementarias– a los contratos indefinidos, potenciándolos así frente a los temporales.

Pues bien, en este punto, la reforma de 2012, como una muestra más de la preferencia del legislador por la creación de empleo, sea cual sea su calidad y su tipicidad, ha optado por eliminar esta prohibición de horas extraordinarias, permitiendo así un posible complejo sumatorio de horas ordinarias, extraordinarias y complementarias para este tipo de trabajadores. Dejando a un lado los evidentes problemas que pueden plantearse respecto de aquellos convenios que recogían y aún siguen recogiendo la anterior prohibición legal¹¹⁸, lo que sí parece claro es que estas horas extraordinarias se regirán básicamente por el régimen general¹¹⁹. De ahí que no puedan exceder de la cuantía proporcional que se deduzca ex art. 35.2 ET de la “jornada pac-

¹¹⁶ De hecho, el porcentaje de asalariados en nuestro país con este tipo de relación rondaba el 8% durante los primeros años de este siglo, llegando al 12% tras las modificaciones metodológicas de la EPA en 2005. Pero desde luego, bastante lejos de porcentajes como el 24% de Alemania, el 17,2% de Francia, el 21,1% de Austria o el 46,1% de Holanda de acuerdo con los datos que, para este mismo año 2005 proporcionaba, en este caso, el EUROSTAT.

¹¹⁷ Ampliamente sobre el tema M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, F.J. CALVO GALLEGO, *Las Horas Complementarias y su Pacto en el Contrato a Tiempo Parcial*, Tirant lo Blanch, 2000.

¹¹⁸ Aunque la cuestión resulta compleja, es posible considerar que la desaparición de esta prohibición debiera conducir a exigir ahora sin trabas el principio general de igualdad del art. 12.4.d ET, y, por tanto, considerar que, sobre todo, de ser voluntarias y con una retribución añadida, dicha prohibición sería ilegal, pudiendo ambas partes acogerse directamente a las nuevas posibilidades establecidas en la ley. Así, creo, P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “La recuperación...”, cit., p. 108 quien además señala como cuando las limitaciones afecten a todos los trabajadores, la misma debería mantenerse al no existir en este caso discriminación alguna.

¹¹⁹ Un análisis con mayor detenimiento de la aplicación de estas reglas en P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “La recuperación...”, cit., p. 107 y ss.

tada¹²⁰, del mismo modo que, cuando la jornada diaria sea partida e inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, sólo será posible una única interrupción de dicha jornada diaria salvo que se disponga otra cosa mediante Convenio Colectivo¹²¹. Las únicas especialidades incorporadas expresamente a su régimen legal se centrarían en la exigencia, en primer lugar, de que la suma de todo el tiempo de trabajo –ordinario, complementario y extraordinario, si acaso con la exclusión de las horas destinadas a evitar o reducir siniestros– no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial¹²²; y, en segundo lugar –seguramente para incentivar su aceptación por parte del trabajador–, su inclusión en la determinación de la base de cotización, tanto por contingencias comunes como profesionales –estén motivadas o no estas horas extraordinarias por fuerza mayor¹²³–, si bien –y dejando a un lado las prestaciones derivadas de contingencias profesionales en las que se “estará a lo establecido con carácter general”– sólo a los efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, de las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes; así como de las prestaciones por maternidad y paternidad¹²⁴.

En principio pudiera parecer que el núcleo de esta reforma es neutro con respecto a la dicotomía entre contrato temporal o indefinido ya que la realización de horas extraordinarias se abre ahora a cualquier tipo de contrato a tiempo parcial. Pero es obvio que esta medida resulta especialmente importante para aquellas modalidades que carecían –y, por cierto, siguen careciendo– de la posibilidad de desarrollar un pacto de horas complementarias¹²⁵, cuya funcionalidad como medida de fomento de la contratación indefinida queda obviamente cuestionada¹²⁶. Es sobre todo a estos contratos temporales a los que ahora se abren nuevas posibilidades de flexibilidad que, al reducir la importancia del mucho más rígido y complejo pacto de horas complementarias, parecen limitar aquella “vieja” apuesta por el fomento de la contratación indefinida. De ahí que la reforma pueda tener un efecto incentivador de este tipo de empleo temporal, ahora ciertamente menos rígido¹²⁷.

Sea como fuere, lo que sí parece claro es que en la reforma de 2012 el contrato a tiempo parcial no parece destinado a configurarse como una alternativa real de flexibilidad, disyuntiva

¹²⁰ O la menor establecida en convenio colectivo –F.J. GÓMEZ ABELLEIRA. “Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, 1997 vol. V, punto 11–. Aunque la cuestión resulte compleja, a nuestro juicio la jornada pactada debe ser interpretada en este caso como la jornada ordinaria pactada, sin inclusión, por tanto, de las complementarias sobre las que exista un mero compromiso pero que no se hayan realizado efectivamente. Sobre el tema P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “La recuperación...”, cit., p. 104 y 106.

¹²¹ Sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior –J. LÓPEZ GANDÍA, “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012”, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 98.

¹²² Lo que supone, como recuerda L.M. CAMPS RUIZ “Contratación...”, cit., p. 75 un nuevo límite al volumen de horas complementarias añadido, o una matización de los establecidos del art. 12.5.c ET.

¹²³ Obsérvese que frente a lo que establecía la antigua DF 9 RDL 3/2012, el nuevo apartado 3 de la DA Séptima de la Ley General de la Seguridad Social, incorporado por el punto 7 DF Quinta Ley 3/2012, no señala ya unos concretos tipos de cotización, remitiéndose, mucho más correctamente, a los que establezcan cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹²⁴ Como se recordará, excepto para los comprendidos en los Sistemas Especiales para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y para Empleados de Hogar establecidos en dicho Régimen General, en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Sobre esta regulación en el RDL 3/2012 M.N. MORENO VIDA, “Novedades...”, cit., p. 211 y ss.; P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “La recuperación...”, cit., p. 111-112; L.M. CAMPS RUIZ, “Contratación...”, cit., p. 74 y ss.

¹²⁵ De hecho, algún autor, J. LÓPEZ GANDÍA, “Los contratos...”, cit., p. 97, llega a plantear si no hubiera sido mejor permitir que los temporales lleven a cabo horas complementarias antes que liberalizar totalmente la realización de horas extraordinarias.

¹²⁶ Se coincide, por tanto, con la percepción de J. CABEZA PEREIRO, “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 2 (BIB 2012/658) sobre la preferencia de nuestros empresarios por las horas extraordinarias sobre las complementarias.

¹²⁷ Véase J. CABEZA PEREIRO, “Nuevos interrogantes...”, cit., apartado II.

y excluyente a la temporalidad. La reforma mantiene el núcleo tradicional de esta modalidad sin incorporar, por tanto, otros modelos que hubieran podido ser ciertamente exitosos, y en los que, por ejemplo, la cuantía y la distribución de la jornada laboral ordinaria se determinarían sólo de forma sobrevenida mediante el mutuo acuerdo entre las partes y en función de la carga de trabajo¹²⁸. De forma más limitada la reforma parece apostar por una contratación a tiempo parcial que coadyuve a esta flexibilidad, facilitando su coordinación con la contratación temporal.

Y ello podría fortalecer, al menos a mi juicio, una incipiente corriente que es posible detectar en la evolución de nuestro mercado de trabajo; una corriente que estaría generando no sólo un muy importante crecimiento del número de contratos a tiempo parcial y, consiguientemente, de la población asalariada con este tipo de relación¹²⁹, sino también un incremento significativo en el número de contratos de duración determinada y a tiempo parcial, con su consiguiente impacto sobre el porcentaje de trabajadores temporales que serían, igualmente, asalariados a tiempo parcial¹³⁰. En definitiva, lo que estos datos parecerían mostrar es que, seguramente, más que ante un efecto sustitución de la flexibilidad mediante contratación temporal por otra centrada en la contratación a tiempo parcial, a lo que quizás estemos asistiendo es a un importante desarrollo de los contratos a tiempo parcial, no ya tanto como vía alternativa, sino más bien como instrumento acumulativo de flexibilidad junto a la temporalidad con el consiguiente riesgo para la calidad en el empleo.

Y algo por el estilo puede decirse de la nueva regulación del contrato para la formación y el aprendizaje. Ya señalamos en la primera parte de este trabajo como la reforma de 2010 pretendió actualizar y potenciar el uso de esta modalidad como el instrumento básico de cualificación en alternancia, especialmente necesario frente a los problemas suscitados por la alta tasa de abandono prematuro del sistema escolar y que dificultaba la consecución de uno de los cinco grandes objetivos de la Estrategia Europa 2020: reducir esta tasa a un máximo del 10%,¹³¹. Seguramente esta alta tasa de early leavers –que llegó a su nivel máximo en nuestro país, según el Eurostat, en los años 2004 y 2008¹³² tenía una de sus causas en el “efecto llamada” que para un importante sector de los jóvenes españoles tuvo el hipertrófico desarrollo del sector de la construcción, con altas remuneraciones y escasas necesidades de formación terciaria¹³³. Pero lo cierto es que la búsqueda de mecanismos de reacción frente a los “ni-ni” o los Neet favoreció

¹²⁸ Sobre esta modalidad de contrato véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de octubre de 2004, Nicole Wippel, asunto C-313/02.

¹²⁹ En este sentido baste recordar como si en el año 1997 los contratos a tiempo parcial fueron sólo 19,6% del total, este porcentaje se incrementó hasta el 28,2% en el año 2009 y asciende hoy al 30,9% de los contratos realizados en el año 2011. Y algo similar se observaría de acuerdo con los datos de la EPA. Si en el segundo trimestre de 2005 el porcentaje de asalariados a tiempo parcial era del 12,8%, en el segundo trimestre de 2012, esta misma ratio alcanzaba el 15,9%.

¹³⁰ Así, si en 1997 sólo el 19,8% de los contratos temporales realizados lo eran a tiempo parcial, en el año 2011 esta ratio ascendió al 30,2%, provocando que el porcentaje de asalariados con contrato temporal y a tiempo parcial sobre el total de trabajadores con contrato de duración determinada pasara del 20,2% del segundo trimestre de 2005 al 30% en el segundo trimestre de 2012. No obstante obsérvese que el crecimiento de contratos a tiempo parcial no se produce sólo en los temporales. Así, el porcentaje de contratos indefinidos a tiempo parcial sobre el total de contratos indefinidos ha pasado del 17,4% de 1997 al 38,2% de 2011, lo que ha generado que –de acuerdo con los datos de la EPA el porcentaje de asalariados con contratos indefinidos a tiempo parcial haya pasado del 9,1% en el segundo trimestre de 2005 al actual 11,5% del segundo trimestre de 2012.

¹³¹ Como, por lo demás también exigía la Orientación n. 9 para las políticas de empleo de los Estados miembros expuestas en el anexo de la Decisión 2010/707/UE que, como se recordará, se mantuvo para 2012 de acuerdo con la Decisión del Consejo de 26 de abril de 2012 (2012/238/UE).

¹³² Con casi un 32% si bien experimentó con la crisis una drástica reducción llegando al 26,5 en el año 2011. Un interesante estudio sobre la situación en España, contextualizada en el ámbito europeo en Objetivos Educativos Europeos y Españoles Estrategia Educación y Formación 2020. Informe español 2010-2011, Ministerio de Educación, disponible el 1 de agosto de 2012 en <http://bit.ly/rFxoMk>

¹³³ Esta perspectiva es comúnmente compartida, véase J. LÓPEZ GANDÍA “Los contratos...” cit., p. 85.

que en la reforma de 2010 –y en la de 2011– esta modalidad se alejara de los estereotipos de la contratación temporal y se convirtiera en una de sus piezas clave, aunque alejada del vector de lucha contra la temporalidad.

Pues bien, sin poder detenernos aquí, nuevamente, en las múltiples reformas que esta modalidad ha sufrido durante este bienio de julio de 2010 a julio de 2012 –al menos cuatro sobre el art.11 ET, y en aspectos nada accesorios, sino fundamentales¹³⁴–, sí parece necesario resaltar, al menos por su relación con la finalidad que mueve a estas páginas, que la progresiva ampliación y “consolidación” del límite máximo de edad para el que resulta admisible esta modalidad¹³⁵, unida a la devaluación del elemento formativo¹³⁶ y a la nueva posibilidad de reiterar esta modalidad siempre que, en primer lugar, “la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional” y que, en segundo lugar, el puesto de trabajo no haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses, plantean –como por otra parte ya señalaron los propios Servicios de la Comisión¹³⁷– el riesgo de ser una nueva vía de incremento de la temporalidad, máxime si recordamos la inaplicación de los costes de finalización del art. 49.1.c) ET¹³⁸.

IV. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS REFORMAS FRENTE A LA DUALIDAD NO LIGADAS AL RÉGIMEN DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

Finalmente, esta aproximación no quedaría completa si no abordásemos, aun brevemente, otras cuestiones aparentemente lejanas a la regulación de las modalidades contractuales. Y ello porque, como ya hemos señalado, basta una breve lectura de la Ley 3/2012, y en especial de su Capítulo IV, para detectar como las principales medidas formalmente destinadas a reducir la excesiva tasa de temporalidad se centran, no ya tanto en la regulación de las modalidades contractuales temporales, como, y sobre todo, en la dulcificación de las normas que en relación con la protección del empleo, habían sido tradicionales en el ordenamiento español¹³⁹.

Sin poder entrar aquí en el análisis técnico de las mismas sí parece necesario realizar al menos algunas puntualizaciones en relación con el objetivo que guía estas líneas. La primera es que, sintomáticamente, la reforma de 2012 –y básicamente el art. 19 y la D.D. única.1.c) de Ley 3/2012– vienen a limitar extraordinariamente lo que sin duda fue una de las principales medidas de la reforma de 2010 en su lucha contra la temporalidad: el intento de equiparación entre los costes empresariales de extinción por el advenimiento del término de los contratos temporales suscritos a partir de 2015 (DT 13 ET) y los que el propio empresario debía asumir como consecuencia de la extinción procedente por causas empresariales de los contratos indefinidos de más de un año de duración¹⁴⁰. En este sentido, es cierto que la DA 10 de la Ley 35/2010– en la versión dada por el art. 3.1 de RDL 10/2011 – sigue en vigor, reclamando que, a pesar de lo

¹³⁴ Para un estudio de las mismas L.M. CAMPS RUIZ, “Contratación...”, cit., p. 74 y ss.

¹³⁵ Un análisis de esta evolución en el interesante trabajo de B. SUÁREZ CORUJO, “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, en AAVV., Reforma Laboral 2012. Análisis práctico..., cit., p. 81-82.

¹³⁶ Y es que, como acertadamente señala B. SUÁREZ CORUJO, “La (pen)última...”, cit., p. 80, cada vez se trata más de un contrato para los jóvenes –o, añadimos nosotros, tras la Ley 3/2012– para las personas con situación de exclusión social, y menos para la formación y el aprendizaje.

¹³⁷ Véase el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión la Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012..., cit., p 19.

¹³⁸ Este mismo temor en B. SUÁREZ CORUJO, “La (pen)última...”, cit., p. 84.

¹³⁹ Sobre la misma, compartiendo plenamente sus posiciones, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes”, en Derecho Social, 2012, n. 57, p. 199 y ss.

¹⁴⁰ Por todos, V. CORDERO GORDILLO “El Fondo de Garantía Salarial tras la Reforma Laboral de 2010”, en Aranzadi Social 2011, n. 3, (BIB 2011\761).

señalado por el grupo de expertos¹⁴¹, en el primer semestre de 2013 se inicie la negociación sobre el fondo de capitalización. Pero parece indudable que la derogación de la DT 3 Ley 35/2010 y de su mecanismo temporal de rescaramiento al empresario por el FOGASA —en la versión ya más limitada dada por el RDL 10/2011, que había ampliado su duración hasta el 31 de diciembre de 2013— unida a la nueva redacción dada al art. 33.8 ET demuestran que este intento básico —y seguramente nunca del todo conseguido— de equiparación de costes ha quedado tan limitado que difícilmente puede mantenerse como un instrumento básico en la lucha contra la temporalidad. Baste recordar que el art. 33.8 ET reduce al abono de los ocho días de salario por año a los trabajadores indefinidos de empresas de menos de veinticinco empleados, y, sobre todo, con los límites, ahora sí, previstos en el art. 33.2 ET¹⁴². Más allá de que, seguramente, la principal razón de esta modificación ha sido la actual situación patrimonial del FOGASA¹⁴³, es obvio que la misma conlleva —especialmente para empresas de más de 25 trabajadores o en relación con trabajadores con salarios altos— un llamativo “encarecimiento” de los costes de salida de los contratos indefinidos sobre los temporales.

Por ello, resulta cuanto menos sorprendente que el legislador haya pretendido justificar la nueva regulación de las instituciones de extinción señalando que la normativa anterior acentuaba “demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido”. Y ello no sólo por lo antes indicado, sino también porque el coste entre el despido empresarial procedente y el despido improcedente consecuencia de la estipulación de contratos temporales irregulares —aquellos que realmente sí debían ser perseguidos al ser la causa de todo este problema— se ha visto, desde febrero de 2012, claramente reducido al pasar de la tradicional indemnización de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades a la nueva y general de 33 días de salario por año con un límite, ahora, de 24 mensualidades. En este sentido no debe olvidarse que la clarificación de las causas del despido económico —que debe ser el paradigma de extinción tras la reforma— hacen que seguramente una parte importante de las declaraciones de improcedencia vayan a centrarse ahora en las extinciones empresariales de contratos temporales que sean irregulares. Con lo que, llamativamente, lo que se habría hecho también es reducir significativamente el coste de la contratación temporal irregular, incentivando así su utilización, y, correlativamente, desmotivando la reclamación por parte del trabajador afectado¹⁴⁴. Pero sobre ello volveremos más tarde.

Por ahora, nos interesa destacar como no ya sólo la nueva cuantía, sino incluso la nueva composición real —al menos en la inmensa mayoría de ocasiones— de la indemnización por despido improcedente, también podría tener un impacto sobre la selección de la modalidad de contratación. En efecto, es cierto que la práctica desaparición de los salarios de tramitación en la inmensa mayoría de este tipo de despidos aparenta ser una medida neutra a estos efectos. Pero a poco que se piense es fácil deducir que no es así ya que mientras en las relaciones indefinidas, normalmente de larga duración, los salarios de tramitación, aun siendo importantes, no constituían en muchas ocasiones el núcleo de la indemnización, en los contratos temporales, sobre todo en los de muy escasa duración, estos salarios sí eran normalmente el núcleo de la misma. Para estos contratos temporales la eliminación de dichos “salarios” puede suponer en la práctica una reducción dramática de la indemnización, con la consiguiente desmotivación en el planteamiento de acciones judiciales y, correlativamente, una fuerte incentivación de su uso

¹⁴¹ Informe del grupo de expertos sobre el Fondo de Capitalización de los Trabajadores. de 13 de junio de 2011, en especial, páginas 19 y siguientes, de acuerdo con el cual “dada la imposibilidad de incrementar las cotizaciones empresariales y la dificultad de hallar fuentes de financiación alternativas parece difícil implantar un sistema que supone costes tan elevados”.

¹⁴² Modificadas una vez cerradas estas líneas por el art. 19.2 de Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Sobre el impacto de estas limitaciones sobre la responsabilidad empresarial, STS 21 noviembre 2001(RJ 2002\982); STSJ Asturias núm. 1016/2010 de 9 abril (AS 2010\2026).

¹⁴³ Baste recordar como, de acuerdo con su Anteproyecto de Memoria 2011, dicho ejercicio arrojaría un resultado presupuestario negativo de 860.497,81 miles de euros —<http://bit.ly/TRu53f>

¹⁴⁴ Véase en un sentido cercano M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “El preámbulo...”, cit., p. 33.

empresarial. De ahí que esta desaparición, sin necesidad alguna ahora de reconocer la improcedencia del mismo, pueda suponer un importante incentivo para recurrir a una contratación temporal ilegal, cuyos riesgos de impugnación judicial se verían claramente limitados¹⁴⁵.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE CENTRAR LA ACTUACIÓN SOBRE LOS MECANISMOS DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONTRATACIÓN FLAGRANTEMENTE IRREGULAR

Finalmente, tres últimas reflexiones. La primera es que tras todo lo antes dicho no es descabellado considerar que en este caso la lucha contra la temporalidad parece haber sido más una excusa que un auténtico objetivo. Y ello ya que la rebaja en los niveles de protección de los trabajadores indefinidos para incentivar el empleo —el objetivo a mi juicio realmente buscado— no se ha preocupado realmente del distinto impacto ni de las diferencias de costes reales que estas mismas medidas podrían tener, en especial, en relación con los contratos temporales realizados de manera fraudulenta. La lucha contra la temporalidad aparenta ser así más una excusa para reducir la protección de los insiders y fomentar la contratación que una medida real en la lucha contra la temporalidad. Y ello, ya que como hemos visto, por muy drástica que haya sido la reducción de las indemnizaciones por despido, el contrato temporal sigue siendo tristemente mucho más “barato”¹⁴⁶. Quizás por ello, y tras la reforma, lo cierto es que si bien la tasa de temporalidad ha seguido cayendo en el sector público como consecuencia de los planes de ajuste, en el sector privado esta misma tasa ha experimentado un llamativo incremento aún más significativo si observamos que la proporción de contratos temporales sobre el total de contrataciones se mantiene o incluso se ha incrementado durante estos primeros meses de 2012¹⁴⁷.

La segunda es que por este camino ahora iniciado, y sobre todo si se profundizara, correremos el riesgo no sólo de no reducir la excesiva tasa de temporalidad, sino también de precarizar materialmente todas las relaciones, especialmente las indefinidas, trasladando al conjunto de nuestro mercado de trabajo, y no sólo a una parte desgraciadamente en exceso amplia, una forma de gestión de personal hasta ahora típica del segmento temporal y seguramente no muy adecuada para la consecución de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador como es el que propone la Estrategia 2020; una forma de gestión que difícilmente genera gasto en forma-

¹⁴⁵ Unas ideas similares en J. GORELLI HERNÁNDEZ “La reforma...”, cit., p. 293-294.

¹⁴⁶ Nuevamente J. GORELLI HERNÁNDEZ “La reforma...”, cit., p. 293-294.

¹⁴⁷ Como es bien sabido, tras el ligero rebote de los tres primeros trimestres de 2011, la tasa de temporalidad ha mantenido durante el segundo trimestre de 2012 una caída —aunque significativamente menor— que ya había comenzado en el cuarto trimestre de 2011 pasando del 23,8% de asalariados temporales del primer trimestre de 2012, al 23,7%. Pero dejando a un lado que esta caída es, seguramente, sólo un nuevo reflejo de la amortización de trabajo que sigue siendo, por lo que parece, especialmente alta entre los temporales, resulta llamativo que este descenso se deba únicamente al sector público, en donde como consecuencia de las medidas de control presupuestario, la temporalidad cae del 22,2 del primer trimestre de 2012 al 20,9% del segundo, mientras que en el sector privado se observa una tendencia ascendente, del 24,2 al 24,4 en el mismo periodo de tiempo; un crecimiento éste especialmente llamativo si tenemos en cuenta la destrucción neta de empleo y que podría augurar un nuevo repunte de la temporalidad cuando el mercado de trabajo vuelva a crear empleo. Y una conclusión similar podría extraerse si se analizan los datos sobre el tipo de contratos estipulados. Tras la reforma de 2012 la proporción de contratos indefinidos no sólo no ha mejorado sino que incluso ha empeorado. Así, esta ratio ha disminuido en el agregado de los meses de febrero a julio, pasando del 8,21% de contratos indefinidos en el año 2011 —589.700 contratos de este tipo sobre un total de 7.184.100— al 7,93% en el año 2012 —541.762 contratos fijos de un total de 6.830.001—, mientras que, correlativamente el volumen de contratos temporales habría pasado en este periodo de tiempo —febrero a julio inclusive— del 91,79% en el año 2011 al 92,07%, siempre sobre el total, en el 2012. Es cierto, que el volumen de contratación indefinida, que cayó abruptamente durante la segunda mitad del año 2011, se incrementó porcentualmente a principios del año 2012. Pero obsérvese que este incremento se produjo antes de la aparición de la reforma, y que tras la misma, la dinámica durante el año 2012 parece ser la ya descrita. Una primera valoración similar en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La reforma...”, cit., p. 208.

ción –más aún si las nuevas medidas, art. 23.3 ET, exigen una antigüedad de un año, con todo lo que ello supone de incentivo a la contratación de inferior duración y a la rotación subjetiva¹⁴⁸–, innovación, capital humano e integración; una forma de gestión que, además, generaría una altísima reactividad de nuestro mercado, favoreciendo nuevamente que los ajustes se realicen en volumen de empleo y provocando, además, una merma en la efectividad real de la flexibilidad interna, sustituida en muchos casos por la flexibilidad externa.

De ahí, en tercer lugar, que, al menos a nuestro juicio, la solución del problema de la temporalidad debiera evitar soluciones meramente terminológicas o formales, que pretendieran acabar con la segmentación reconduciendo, por un lado, buena parte de las nuevas contrataciones a relaciones teóricamente indefinidas, pero absolutamente inestables durante el primer año de vigencia –apoyo a los emprendedores– o que, por el otro, limitasen tan drásticamente las medidas de protección del empleo de los contratos indefinidos¹⁴⁹ que corramos el riesgo de trasladar a estos contratos los sistemas de gestión tradicionales de las relaciones temporales. Entendásenos bien. Al menos en nuestra opinión, el problema de la temporalidad no es la tasa en sí, sino sobre todo, las evidentes consecuencias negativas que las formas de gestión de personal ligadas a la misma –nula formación, escasa integración, reducción de la productividad, mínima creación de capital humano y de conocimiento...– han tenido, no ya solo en relación con la productividad, competitividad y calidad en el empleo de nuestras empresas, sino también, y desde una perspectiva agregada, sobre nuestro modelo económico, productivo y social. Por ello, reducir la temporalidad generalizando la forma de gestión a ella ligada no parece la mejor solución.

Desde esta perspectiva creemos que quizás fuera conveniente ofrecer un enfoque distinto a este debate; un enfoque que, tras recordar la importancia de un empleo de calidad –sobre todo si no queremos caer en los mismos errores que ya cometimos durante los años ochenta y que, en el fondo, han sido una de las causas de la especial reactividad de nuestro mercado de trabajo y, por tanto, de nuestra actual lacra del desempleo– debería partir de una identificación real de sus causas y, por tanto, de una más adecuada selección de los objetivos y de los medios utilizados.

En este sentido, creo que esta “debilidad” –en la terminología legal de 2010– de nuestro sistema no se encuentra en la mera existencia de la contratación temporal lícita. La misma responde a necesidades reales, legítimas y objetivamente limitadas de trabajo. De ahí que la solución no debiera pasar por un intento de supresión ni por una desincentivación general e indiscriminada que acabaría por debilitar la posible demanda, plenamente legal, de este tipo de contratos. Más allá, eso sí, de una necesaria clarificación de sus supuestos habilitantes, creemos que nuestro problema o “debilidad” es mucho más específico y se concentra en el uso ilegítimo y fraudulento de estas modalidades contractuales. Es este uso ilegal el que normalmente refleja un escaso interés empresarial en invertir y gestionar correctamente las personas, el que desincentiva la inversión y la formación de capital humano; y es en definitiva éste el núcleo que debiera centrar nuestra atención. No se trataría, por tanto, ni de eliminar ni de penalizar toda la contratación temporal, especialmente la legal, ni de precarizar el empleo indefinido, sino de luchar adecuadamente contra el uso fraudulento de la modalidades temporales. Y para ello era y

¹⁴⁸ Con independencia del sempiterno problema de cómo computar la antigüedad en estos casos de sucesivos contratos temporales, en ocasiones con participación inicial de una ETT. No obstante, creo que en estos casos, por razones obvias, debe asumirse un criterio cada vez más permisivo que, al menos a mi juicio, y poco a poco, parece ir calando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Baste recordar las SSTS de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1594), y de 3 abril 2012 (JUR 2012\152852) y con amplia referencia jurisprudencial la básica STS (Sala de lo Social) de 8 marzo 2007 (RJ 2007\3613). Esta línea se mantiene hubiera o no recibos de finiquito –STS de 17 marzo 2011 (RJ 2011\3419) con cita de otras muchas–. Una excepción, en un supuesto en los que las interrupciones alcanzaron los tres, cinco y seis meses en la STS de 12 julio 2010 (RJ 2010\6803).

¹⁴⁹ Se comparte así la opinión de J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reforma...”, cit., p. 287.

es cierto que seguramente sería necesaria más flexibilidad interna, funcional y cuantitativa en la relación indefinida. Pero desde el año 1994 hemos avanzado en esta dirección y ciertamente no se ha cambiado la tendencia.

Desde esta perspectiva, creemos que el problema, tanto entonces como ahora, residía en que nuestro sistema sancionador, en estos casos de contratación temporal irregular, no era ni es ni eficaz ni adecuado para alcanzar la finalidad que, recuérdese, en buena parte, lo es también del Acuerdo Europeo incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE. En efecto, en nuestro sistema las reglas puramente sancionadoras se movían y se mueven en un plano administrativo, y es obvio que resulta prácticamente imposible que ni tan siquiera la más amplia plantilla de inspectores pudiera controlar —a pesar de las diversas campañas desarrolladas en este aspecto— el volumen de contratación actualmente existente en España. Y tampoco la posibilidad abierta con el antiguo art. 145 bis LPL —hoy art. 147 Ley 36/2011— pareció haber dado realmente un resultado positivo ya que no siempre las cadenas de contratación temporal encubren el fraude¹⁵⁰.

Por ello creemos que el papel central en esta función de control debiera haber correspondido a la acción resarcitoria que pudiera emprender el trabajador. Y es aquí donde la normativa laboral era y es hoy, al menos a mi juicio, especialmente ineficiente. Dentro del ET, como se recordará, no existe un mecanismo específico de resarcimiento o indemnización frente a este tipo de incumplimiento. Aplicando simplemente la nulidad del término resolutorio, se acaba reconduciendo esta situación al despido improcedente y se terminan aplicando unas reglas basadas en un modelo de relación fordista de larga duración, ciertamente inadecuadas a este problema y a este tipo de relación; un modelo en donde el lucro cesante y el daño emergente se miden en función proporcional a una duración de la relación temporal cada vez más corta. Si a ello se une la práctica eliminación de los salarios de tramitación —antes mediante el recurso al despido exprés, hoy por su carácter residual tras la Ley 3/2012— obtendremos como resultado una indemnización tasada necesariamente, pero en muchas ocasiones tan ridícula que los costes de todo tipo —sobre todo la ausencia de posibles contrataciones posteriores por el mismo empleador— que suponían y suponen iniciar la acción judicial la superan, provocando una inactividad del empleado que, transcurrido un cierto tiempo¹⁵¹, se convierte en impunidad.

Por ello creemos, que toda actuación en relación con la segmentación hubiera debido, ciertamente asumir una relación laboral indefinida más flexible y clara. Pero creo que también debiera actuarse legalmente sobre el aparato resarcitorio que se abre al trabajador temporal irregularmente contratado, utilizándolo no sólo como compensación del daño sino también como instrumento de prevención general. Ello exigiría, al menos a mi juicio, realizar algunas modificaciones legales sobre las indemnizaciones en caso de extinción de una contratación temporal realmente fraudulenta¹⁵². Esto es, no estaríamos hablando de alterar la regulación en los supuestos de simple error técnico o de cuestiones ciertamente complicadas o que en ocasiones quedan al albur del posible cambio de tendencia jurisprudencial —por poner un ejemplo en el que seguramente todos estamos pensando, el espacio del contrato de obra o servicio, las subvenciones y los conciertos—. Estaríamos hablando de alterar las reglas legales en los supuestos —por seguir la terminología utilizada en bastantes ocasiones por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo— de un “*dolus malus*”, de una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social y legal¹⁵³ de incumplimientos claros, diáfanos y constantes,

¹⁵⁰ Sobre el mismo M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Los procesos especiales ante la jurisdicción social*, Bomarzo, 2012.

¹⁵¹ Sobre la evolución de esta cuestión véase, no obstante, lo ya dicho supra en la nota al pie 145.

¹⁵² Una idea similar, nuevamente, en J. GORELLI HERNÁNDEZ “La reforma ...”, cit., p. 294.

¹⁵³ Véase, por ejemplo, la STS 6 marzo 2009 (RJ 2009\1843) que lo diferencia de “la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial”. En un sentido similar, con cita de otras, véase la STS de 13 julio 2009 (RJ 2009\4688), de 21 marzo 2002 (RJ 2002\3818) o de 9 julio 2001 (RJ 2001\7010).

especialmente aberrantes, como los que, no cabe obviarlos, nos encontramos casi todos los días. Aplicar a estos mismos contratos las mismas reglas y sobre todo indemnizaciones que a aquellos supuestos en los que la calificación del contrato dependa de cuestiones ciertamente técnicas o de simples defectos en la carga de la prueba resulta contraproducente y escasamente equitativo. De ahí que, al menos a mi juicio, esta posible revisión del mecanismo sancionador de la contratación temporal absolutamente irregular, en aquellos casos en los que el trabajador lograra demostrar una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, debiera incorporar la posibilidad de que el propio magistrado impusiera una suerte de sanción civil, desligada incluso del daño emergente y del concreto lucro cesante, centrada, como en el recargo de prestaciones, más en el tipo y la gravedad del incumplimiento, que en la propia duración del contrato y que pudiera imponerse en casos, como digo, de *dolus malus* probado eso sí, por el propio demandante.

Esta singular sanción resarcitoria sería sin duda un importante elemento de desmotivación para esta contratación temporal especialmente irregular, e incluso si se nos apura e indirectamente, meramente irregular, dado el temor confeso que la mayor parte de los gestores de personal —piénsese en el transfondo de seguridad en el coste que subyacía en el la propuesta de contrato único o en el despido exprés— tienen a estos mecanismos que, eso sí, eludirían lo que es sin duda una de las señas de identidad de nuestro Derecho del Trabajo: la fijación de indemnizaciones tasadas. Además, la posibilidad de esta indemnización, que podría moverse, por dar alguna cifra, entre seis meses y un año del salario, sería sin duda un fuerte incentivo para este tipo de reclamaciones judiciales, volvemos a repetir, sobre todo para las más claras y flagrantes. En definitiva, se trataría de dar una última oportunidad a la posibilidad de instrumentar controles efectivos a la causalidad de la contratación temporal, lo que, por cierto, también está conectado con el control causal del despido.

Finalmente, y junto a una más clara definición de las causas de los contratos temporales, la búsqueda de un consenso definitivo sobre el contrato a tiempo parcial que le permita actuar como elemento alternativo y no acumulativo a la temporalidad, la incorporación de los contratos temporales en fraude de ley al cómputo de extinciones a efectos de despidos colectivos¹⁵⁴, y los ya comentados elementos de flexibilidad interna sobre los que no podemos detenernos, lo último, pero desde luego, no lo menos importante, sería replantearnos —incluso como necesidad para adecuar nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias— el sistema resarcitorio y de reacción frente a las violaciones —en ocasiones, al menos a mi juicio, las más claras— de estas reglas en el sector público. A mi juicio, opciones como las que se planteaban en el voto particular a la STS de 27 mayo 2002 (RJ 2002\9893), o incluso si se nos apura, las que en su momento planteó el extinto Tribunal Central de Trabajo, de aplicar la normativa laboral considerando imposible en estos casos la readmisión como indefinido y, por tanto, reconduciendo la condena alternativa hacia la simple indemnización¹⁵⁵, serían posibilidades más eficientes en un campo

¹⁵⁴ Véase, en cambio, la doctrina de las SSTs de 22 de enero de 2008 (RJ 2074), 22 de febrero de 2008 (RJ 5344), 26 de febrero de 2008 (RJ 3867); 14 de mayo de 2008 (RJ 4123) y 30 de septiembre de 2008 (RJ 7356).

¹⁵⁵ Por todas, STCT de 21 febrero 1989 (RTCT 1989\1431): “si bien las consecuencias de dicha declaración deben quedar limitadas, al ser el demandado Administración Pública, a la condena a indemnización y salarios de tramitación, dado el criterio mantenido por esta sala a partir de la sentencia de 11 de febrero de 1988 (RTCT 1988, 1537), y en otras muchas posteriores, en las que se razona que con tal solución, por la que se excluye la posibilidad de opción por la readmisión, se evita el que el trabajador quede incorporado a su puesto de trabajo del sector Público, con inobservancia de los presupuestos de publicidad, mérito y capacidad exigidos en el art. 103.3 de la Constitución”. Véase igualmente SSTCT de 11 de febrero, 22 de marzo, 12 de abril, 10 de mayo y 19 de julio de 1988 (RTCT 1988, 1537, 2247, 2946).

en donde la protección de los principios de mérito y capacidad ha generado soluciones que difícilmente son compatibles –al menos a mi juicio– con nuestras obligaciones en el marco del Derecho de la Unión.

En definitiva, no creo que el camino para evitar las externalidades de la contratación temporal sea precarizar la contratación indefinida, sino reubicar correctamente una y otra forma de contratación, estableciendo instrumentos de reacción específicos que en los supuestos más graves –a fin de no desincentivar el empleo temporal lícito–, de *dolus malus*, independicen la indemnización recibida por el trabajador del tiempo de trabajo desarrollando y la centren en la gravedad del incumplimiento, generando una sanción civil que, por un lado incentive a los trabajadores temporales a reclamar frente a este tipo de abusos, y que por otro, fomente el interés empresarial por una modalidad indefinida, ciertamente más flexible y segura en su gestión y extinción, pero que debe ser la clave para lograr un empleo estable y de calidad, necesario si queremos realmente –y no como un mero eslogan, tantas veces pronunciado que olvidamos realmente su significado– un crecimiento, inteligente, sostenible e integrador.