

JÓVENES LABORALISTAS MALAGUEÑOS

2ª EDICIÓN

Organiza:
Asociación Profesional de la Magistratura y
Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales
de Málaga y Melilla



EDITA

Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla.
C/ Compañía ,17 -Bajo · 29005 Málaga · Tel. 952 217 181

PROYECTO

Francisco José Trujillo Calvo

COORDINADOR DEL CERTAMEN

Andrés Cabezas Quero

COORDINADOR EDITORIAL

Eduardo Ruiz Vegas

DISEÑO

Trazart

Depósito Legal: MA 1050-2012

Impreso en Málaga

© Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla

© Asociación Profesional de la Magistratura

© José Jesús Galván Jurado

JÓVENES **LABORALISTAS**
MALAGUEÑOS 2ª EDICIÓN

PRÓLOGO

El Colegio de Graduados Sociales de Málaga me ha encargado la redacción de un breve texto que sirva de prólogo y presentación a esta publicación donde se recogen los trabajos galardonados en el Segundo Premio para Jóvenes Laboralistas Malagueños. Dicho premio, cuyo jurado tuve el honor de presidir, surgió como consecuencia de la colaboración entre el referido Colegio de Graduados Sociales de Málaga y la Delegación en esta provincia de la Asociación Profesional de la Magistratura, teniendo como finalidad primordial el fomento de los estudios teóricos por parte de jóvenes profesionales en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Reflexionar sobre el momento que vive esta disciplina jurídica en la actual situación de crisis económica generalizada resulta especialmente complejo. El Derecho del Trabajo se enfrenta a importantes desafíos como consecuencia de la persistencia del paro masivo, la irrupción de las nuevas tecnologías de la información, la renovación de las formas de organización industrial y la mundialización de la economía. El escenario en el que surgió el Derecho del Trabajo se está transformando y surgen fenómenos nuevos como la segmentación del mercado de trabajo con existencia dentro del mismo ordenamiento jurídico de dos estatutos laborales diferentes, uno con una amplia gama de garantías para los trabajadores fijos con una cierta an-

tigüedad y otro sin apenas garantías para los trabajadores temporales. Asimismo, se produce una huida del Derecho del Trabajo, porque es un Derecho dirigido a la protección de una de las partes del contrato y es lógico que la otra parte del mismo quiera excluir esa protección. Esta huida se manifiesta en dos formas fundamentales: en primer lugar, a través de la desaparición de la empresa como centro de imputación de responsabilidades en el ámbito laboral, lo que abarcaría a todos los fenómenos de descentralización productiva y, en segundo lugar, a través de la deslaboralización, como intento de descalificar como laboral la relación entre las partes, aplicándole una calificación distinta, sea civil o mercantil.

Estas incidencias en el mercado de trabajo-expansión de la temporalidad y del empleo parcial, frecuencia de los periodos de desempleo a lo largo de la vida laboral-esta teniendo ya y tendrá cada vez más consecuencias importantes en materia de Seguridad Social. Un sistema de Seguridad Social tan acusadamente contributivo como en nuestro está pensado para situaciones de empleo indefinido, a tiempo completo y relativamente estable. Cuando se generaliza la contratación temporal y la dedicación a tiempo parcial y cuando el desempleo interrumpe y reduce los periodos de cotización aparecen distorsiones muy graves que impiden el acceso a las prestaciones de un gran número de trabajadores e incluso ponen en peligro la viabilidad financiera del sistema a medio plazo.

Resulta evidente, pues, el momento especialmente importante que vive esta disciplina jurídica, como por otra parte ponen de manifiesto la dos trascendentales normas recientemente aprobadas, como son la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, las cuales han supuesto, por un

lado, una novedosa y completa regulación del procedimiento laboral, con atribución de nuevas e importantes competencias al orden jurisdiccional social, y, por otro, una reforma sin parangón hasta el momento del mercado laboral, con una distinta regulación de temas tan importantes como la negociación colectiva, los despidos colectivos, la cuantía de las indemnizaciones o los salarios de tramitación.

Precisamente este convulso panorama que atraviesa el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hace especialmente interesante iniciativas como la del Premio de Jóvenes Laboralistas Malagueños, pues todo lo que redunde en fomentar la labor de estudio, investigación y formación en la materia será de especial utilidad en estos tiempos revueltos.

Un tema especialmente interesante ha resultado premiado en esta edición del certamen: el dedicado al estudio de “La contratación laboral temporal estructural en España. Costes y razones de su utilización abusiva”, tema de gran importancia dado el muy elevado porcentaje de contratación laboral temporal existente en nuestro país, trabajo cuyo autor ha sido Jose Jesús Galván Jurado, joven y prometedor laboralista al cual desde esta líneas le doy mi más sincera enhorabuena..

Dicho trabajo estudia de una manera pormenorizada y profunda cuestiones tan importantes como las causas de la contratación temporal, las modalidades de dicha contratación, el concepto de “ilegalidad” y “fraude de ley” contractual, el coste económico de la contratación temporal estructural y las razones de la elevada tasa de temporalidad en España (ambigüedad del marco legal existente, interpretación judicial tolerante, papel favorecedor de la negociación colectiva, escasa intervención de la Administración en la materia, indebida utilización de los contratos de puesta a disposición entre las empresas de trabajo temporal y

las empresas usuarias, contratación temporal estructural sucesiva o en cadena y cultura empresarial proclive a la temporalidad contractual); concluyendo que no existen razones objetivas para esa utilización excesiva de la contratación temporal y que la misma incluso en algunos casos supone un coste económico mayor para las empresas que la contratación indefinida

Nada más me queda que añadir, sino felicitar a las instituciones organizadoras del Premio por su iniciativa y desear que el mismo pueda repetirse en sucesivas convocatorias.

Francisco Javier Vela Torres.

Presidente de la Sala de lo Social en Málaga
del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

PRÓLOGO

La formación, el perfeccionamiento, la profundización en el conocimiento, la investigación, la permanente actualización, el análisis, el avance e impulso de sus estudios, y el desarrollo en las disciplinas que conforman la rama social del Derecho, constituye la esencia, la razón de ser, el fin último y, por tanto, objetivo obligado y permanente de la acción de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales. Es por ello, que cuando este Excelentísimo Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla, recibió la propuesta de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) por iniciativa de D. Francisco Trujillo Calvo - Magistrado Juez del Juzgado de lo Social número Trece de Málaga - de colaborar conjuntamente en la convocatoria, la organización, y el desarrollo de un certamen destinado a premiar a Jóvenes laboristas, que impulsara su participación y promoviera la realización de trabajos específicos sobre la materia, esta propuesta fue inmediata y unánimemente aprobada por la Junta de Gobierno de este Colegio y decididamente aceptada por nuestro presidente D. Juan Fernández Henares.

Es esta ya, su segunda edición. Perdurará en el tiempo, pues estamos convencidos que quizá nunca como ahora fuera tan necesaria esta labor investigadora en nuestro campo y en las actuales circunstancias de nuestra postmoderna sociedad.

Es cierto que nuestra disciplina es esencialmente cambiante, pero el ritmo y la importancia; el calado y la trascendencia, de estos cambios, evidencian que hemos superado una simple fase de reformas, por lo demás, permanente, para adentrarnos en una profunda transformación, en una nueva era en nuestro sistema de relaciones laborales, podríamos decir.

Grandes dudas e incertidumbres acechan el horizonte, el nuestro, y – sobre todo – el de las nuevas generaciones... ¿Es o no sostenible nuestro sistema de protección social?, ¿Los habrá sostenibles?, ¿Será más insegura e insostenible cualquier otra alternativa?, ¿Es posible un cambio en nuestro modelo productivo?, ¿Debe el hombre estar al servicio de la Economía?, ¿Debería ser ello al contrario?, ¿Es razonable la brecha económica y social existente entre el ocupado y el que no lo está?, ¿Puede el mercado regularlo todo?, ¿Sería viable trabajar con más intensidad pero menos tiempo efectivo, para trabajar todos?, ¿Sería ello productivo? ¿Siguen teniendo validez los modelos tradicionales?, ¿Se revelan esos modelos ineficaces?,...

Obras como la premiada, que ahora se publica, son necesarias, pues constituyen valiosas aportaciones, y todas ellas nos van a ser necesarias, y desde todas las disciplinas, para superar los actuales momentos de extrema dificultad.

El joven Autor Jose Jesús Galván Jurado, aborda en este trabajo una temática como la contratación temporal en España, que a priori pudiera parecer de menor interés o de lejana actualidad, y sin embargo, su riguroso análisis, su detallado estudio, y sobre todo, su diferente y original enfoque la han convertido en digna del premio fallado a su favor, pues se adentra en conclusiones y propuestas tan interesantes y actuales que

ya en este prólogo tenemos la tentación de revelar. Tentación que reprimimos en beneficio y en interés del lector.

Enhorabuena José Jesús.

Impulsar un trabajo como este ya justifica la existencia del Certamen.

Andrés Cabezas Quero

Director de la Escuela de Práctica Jurídico-Laboral del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla y responsable de formación.

ACTA JURADO

II Premio “Jóvenes Laboralistas Malagueños”

Reunido en Málaga el Jurado del Segundo Premio denominado JOVENES LABORALISTAS MALAGUEÑOS ,organizado conjuntamente por la ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA “APM” Y por el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla dentro de las actividades de Noviembre Cultural , integrado por:

- **D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.** Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía.
- **D. FRANCISCO TRUJILLO CALVO.** Magistrado del Juzgado de lo Social N^o. 13 de Málaga.
- **D^a. CARMEN ORTEGA UGENA.** Secretaria del Juzgado de lo Social N^o. 13 de Málaga.
- **D. SALVADOR RUIZ MENACHO.** Diputado y responsable de la sección laboral del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.
- **D. EDUARDO RUIZ VEGAS.** Vicepresidente primero del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla y coordinador del Noviembre Cultural.
- **D. ANDRÉS CABEZAS QUERO.** Vocal y responsable de formación, del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla.

Y actuando de secretario, recoge el siguiente fallo:

Un primer premio de 600,00.- euros, con diploma acreditativo y edición de la obra al autor: D/D^a José Jesús Galván Jurado por su obra titulada: *“LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL ESTRUCTURAL EN ESPAÑA. COSTES Y RAZONES DE SU UTILIZACIÓN ABUSIVA”.*

En Málaga a 02 de noviembre de 2012.

PRIMER PREMIO

“LA CONTRATACIÓN LABORAL
TEMPORAL ESTRUCTURAL EN ESPAÑA.
COSTES Y RAZONES DE SU
UTILIZACIÓN ABUSIVA”

José Jesús Galván Jurado

OBJETIVO

En el presente trabajo se expondrán de forma introductoria las dos modalidades de contratación laboral existentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral, indefinida y temporal, esta última ceñida simplemente a la contratación estructural. Igualmente se mostrarán las figuras jurídicas cuando la contratación laboral temporal no se ajusta a Derecho, es decir, la ilegalidad y el fraude de ley contractual.

Seguidamente se pondrá de relieve el coste económico que le puede suponer al empleador, la utilización de la contratación temporal estructural en comparación con la contratación indefinida.

Asimismo tratará de exponer las posibles razones para que en nuestro país exista una fuerte tendencia a la utilización de la contratación temporal estructural o extraordinaria en detrimento de la contratación indefinida u ordinaria.

Finalmente se señalarán algunas conclusiones sobre el contenido del trabajo.

INTRODUCCIÓN

Cualquier relación laboral comienza con la contratación laboral que conciertan empresario y trabajador. Su plasmación en un contrato de trabajo es el origen de la prestación de servicios laborales por parte del trabajador dentro del proceso de producción en una organización empresarial. Este hecho es de vital importancia, ya que según se trate de una modalidad contractual u otra, condicionará la relación laboral, y desde luego el condicionante temporal es crucial en la misma. En nuestro ordenamiento jurídico laboral contamos con dos modalidades contractuales contrapuestas temporalmente:

- Indefinida o fija, pensada para prestar servicios laborales en actividades permanentes dentro del proceso productivo empresarial.
- De duración determinada o temporal, dedicada a complementar al plantel o personal fijo de las empresas, en aquellas tareas extraordinarias en el proceso de producción de la organización.

2.1 Marco normativo contractual laboral

El legislador regula que la contratación laboral ordinaria o normal sea indefinida o fija, y la contratación temporal sea extraordinaria¹ o atípica.

Ello no podía ser de otra manera ya que con la contratación laboral por tiempo determinado pueden quedar vulnerados, o en el mejor de los casos, suavizados muchos derechos, entre ellos: laborales, sindicales, de seguridad social y de seguridad y salud laboral.

Por lo que esta afinidad legislativa a favor de la primera tiene su base jurídica, en el conjunto de normas que componen el propio ordenamiento jurídico laboral. Éste establece que la contratación determinada ha de tener unas causas² que la habiliten.

2.1.1 Causas de la contratación laboral temporal

La contratación temporal es una modalidad contractual extraordinaria en nuestra normativa laboral, por ello sólo será posible acudir a ella cuando exista causa legal que la habilite. En este trabajo solamente se expondrán las causas basadas en razones “estructurales”. Podemos distinguir las siguientes modalidades contractuales:

1. *Obra o servicio determinado*³, que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. Debido al proceso de “descentralización productiva” en el que nos encontramos inmersos,

1. El legislador en el art. 15.1, del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo), en adelante E.T., regula que la contratación laboral temporal es extraordinaria, ya que es requisito indispensable que su objeto tenga una causa motivadora de su duración por tiempo determinado. Por lo que el legislador viene a regular de manera pasiva que la contratación laboral por tiempo indefinido es la forma de contratación laboral común u ordinaria, donde no se exige ningún requisito en cuanto a su causa u objeto.

2. Art. 15.1 ET.

esta forma jurídica de contratación laboral temporal debería tender a disminuir⁴ debido a se queda prácticamente vacía de contenido, porque estas actividades con autonomía y sustantividad propia se suelen ahora descentralizar o subcontratar por las empresas. Con ello se consigue que la subcontratista que al final presta la obra o servicio determinado, que es una especialista en esa obra o servicio, realice una actividad normal dentro de su proceso productivo. Es el fenómeno denominado “especialización productiva” que tiene como objetivo, efectuar los procesos productivos lo más eficaces y eficientes posibles.

2. *Eventual*⁵ por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exigieren, aún tratándose de la actividad normal de la empresa. Esta modalidad se justificaría por las circunstancias cambiantes del mercado (entorno), provocan un aumento de la actividad productiva que la plantilla fija o permanente de la empresa no pueda dar respuesta a ese aumento de producción o prestación de servicios. Entonces sería lícito acudir a la contratación laboral eventual para ofrecer la solución adecuada de mano de obra ante este exceso sorpresivo de actividad productiva.

3. Art. 15.1a del ET.

4. Sin embargo, la interpretación del TS en relación a este fenómeno descentralizador, es contraria a lo señalado aquí, estableciendo que la “contrata de obras o servicios” justifica como causa objetiva, el empleo del contrato por obra o servicio determinado. Esta doctrinal jurisprudencial se analizará en este trabajo, en el apartado “interpretación judicial tolerante con la contratación temporal estructural”.

5. Art. 15.1b del ET.

Hay que decir también, que esta mayor producción o aumento de la actividad no puede ser cíclico, ya que de lo contrario, estaríamos ante una actividad permanente no continua, o mejor dicho, intermitente. Dentro de esta modalidad podemos distinguir entre la modalidad de “fijo periódico”⁶ y “fijo discontinuo”⁷.

3. Interinidad. Tenemos dos tipos:

1. Interinidad por sustitución⁸. Se trata de un contrato de trabajo temporal que tiene como finalidad sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, en virtud de norma, convenio colectivo o contrato de trabajo.

2. Interinidad por vacante⁹. Es también un contrato temporal que tiene como causa, el desempeño de un puesto de trabajo de forma provisional durante el proceso de selección o promoción hasta su cobertura definitiva.

2.1.2 Modalidades en la contratación indefinida

Como se comentaba anteriormente, la contratación que carezca de causa, se presumirá por tiempo indefinido. De ahí que cuando la contratación laboral no tenga causa motivadora que la justifique, estaremos ante una clarísima relación laboral estable o fija, en la cual el trabajador desarrolla una actividad permanente en el proceso productivo de la

6. Art. 12.3 del ET.

7. Art 15.8 del ET.

8. Art. 15.1 c del ET y art. 4.1 del RD 2720/1998, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada.

empresa, y su contratación laboral debería ser legalmente por tiempo indefinido.

Respecto a la contratación laboral ordinaria o indefinida, la podemos clasificar de la siguiente forma: **Contratación indefinida ordinaria**¹⁰. Es una contratación laboral fija a tiempo completo y de forma continua. También puede serlo a tiempo parcial.

Contratación indefinida discontinua¹¹. Es una contratación fija que puede ser a tiempo completo o parcial, con la característica que es cíclica, de ahí su carácter discontinuo o intermitente. El legislador en el ET distingue entre fijo discontinuo y fijo periódico. La diferencia entre ambas figuras jurídicas está en la reincorporación en los ciclos: en el caso del trabajador fijo discontinuo dicha reincorporación es irregular y se establecerá por convenio colectivo, y en el fijo periódico en cambio es regular, es decir, siempre se repite en las mismas fechas.

2.2 Concepto de “ilegalidad” y “fraude de ley” contractual

Cuando la contratación laboral no se efectúa conforme a Derecho, podemos hablar de dos figuras jurídicas:

- “Ilegalidad contractual”. Cuando se contrata directamente por los empleadores a trabajadores para actividades permanentes en las

9. Art. 4.1 del RD 2720/1998, de 18 de Diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada (BOE 8 de Enero de 1999).

10. Art. 15.1 ET.

empresas mediante contratación temporal¹², con incumplimiento directo de la normativa contractual. También se trataría de la misma figura jurídica, cuando se efectúa la contratación laboral indirectamente. Es la que se produce en el contrato de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, cuando la empresa de trabajo temporal pone a disposición de la empresa usuaria a un trabajador contratado temporalmente, cuando la actividad desempeñada en la empresa usuaria es permanente dentro de su proceso de producción.

- “Fraude de ley contractual”. Cuando se contrata laboralmente amparándose en el texto de una norma, aunque el resultado jurídico es contraria a la propia esencia de la normativa contractual.

En resumidas cuentas, el incumplimiento o ilegalidad contractual existirá, cuando se concierte de manera temporal una relación que debió convenirse por tiempo indefinido, por mandato legal. Es decir, cuando el empresario infringiendo la normativa reguladora de la contratación temporal, contrata por tiempo determinado a trabajadores para cubrir necesidades permanentes o estables en la empresa o centro de trabajo. Por su parte, estaremos ante fraude de ley¹³ contractual, cuando también se concierte de manera temporal una relación que debió concebirse por

11. Arts. 15.8 y 12.3 ET, respectivamente.

12. Fuera de los supuestos legalmente autorizados, ya que la contratación temporal de “interinos” puede efectuarse legalmente para que éstos desempeñen actividades permanentes en el seno de la empresa.

13. Art. 6.4 del CC: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley, y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”

tiempo indefinido. Es decir, cuando el empresario amparándose en la normativa reguladora de la contratación laboral, persigue sin embargo, un propósito contrario a la propia filosofía jurídica de la normativa laboral contractual.

3. COSTE ECONÓMICO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL

Una vez analizadas las dos modalidades contractuales posibles, por un lado la contratación indefinida u ordinaria, y por otro, la temporal estructural o extraordinaria, se tratará de obtener el coste de esta última en relación a la primera. Normalmente el coste de cualquier bien o servicio cuando éste es medido o extraordinario suele ser más oneroso que cuando el bien o servicio es producido en serie. Pues lo mismo ocurre en materia de contratación laboral como ahora abordaremos.

La retribución de un trabajador no debe ser distinta¹⁴ dependiendo de la modalidad jurídica de contratación elegida por el empleador. Como consecuencia de ello, los conceptos retributivos regulados por

14. En este sentido se pronuncia el legislador en el artículo 15.6 del ET cuando establece: “Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades especiales de duración de los contratos temporales”.
15. Véase el artículo 15.6 del ET que establece: “Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades especiales de duración de los contratos temporales”.

hos
que haciéndonos

los convenios colectivos de aplicación deben ser los mismos¹⁵ para los trabajadores indefinidos y aquellos con contratación temporal.

Por tanto, el coste económico de la contratación indefinida y temporal es el mismo, salvo en lo que se refiere a los “costes de ajustes”. Estos son los relativos a las indemnizaciones que el empleador debe abonar cuando finaliza la contratación temporal o bien realiza extinciones objetivas¹⁶ por despido cuando la contratación es indefinida. Si bien debemos señalar respecto a los mismos que la indemnización de la contratación temporal debe ser abonada por el empresario de manera real o indefectible con todos los trabajadores contratados mediante dicha modalidad, mientras que la indemnización en la contratación indefinida es siempre potencial, es decir, puede ser que no se abone a ninguno, a que se costee a todos los trabajadores o bien sólo a una parte de éstos.

15. STS de 16 de Mayo de 2005, RJ 2005/5186, en esta sentencia interpreta el Alto Tribunal que el concepto retributivo de “antigüedad” ha de ser abonado por la empresa tanto a los trabajadores indefinidos como aquellos contratados temporalmente en función de los servicios prestados a la misma.

16. Lo adecuado desde una política de recursos humanos moderna y coherente que busca la optimización de los recursos sería emplear como vía legal para la extinción, la “extinción objetiva procedente” en detrimento de la vía ilegal denominada eufemísticamente, “despido improcedente” y contraria a derecho.

A este coste indemnizatorio hay que añadir la penalización que hace la Orden ESS/184/2012¹⁷, de 02 de Febrero, en su artículo 32, en la cuota patronal a la Seguridad Social por la contingencia por desempleo en la contratación temporal estructural, excepto del contrato de interinidad, en relación a la contratación indefinida. Los porcentajes de cotización patronal por la contingencia por desempleo son los siguientes:

-Contratación indefinida y de interinidad: 5,5% sobre la base de cotización.

-Contratación por obra o servicio y eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo: 6,70% sobre la base de cotización.

-Contratación por obra o servicio y eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial: 7,70% sobre la base de cotización.

Por tanto, la diferencia de costes entre ambas modalidades contractuales va a estar en las indemnizaciones antes mencionadas a la que habrá que añadir la penalización en la cuota patronal a la Seguridad Social por la contingencia por desempleo en el caso de la contratación temporal.

17. Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seg. Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional, contenidas en el artículo 120, apartado Diez de la Ley 2/2012, de 29 de Junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

Como la base de cálculo de las indemnizaciones es el salario¹⁸ y en el caso de la base de cotización (para el cálculo de la penalización a la Seguridad Social en la contingencia por desempleo) también es el salario¹⁹, podemos homologarlo al tratar con magnitudes iguales con la finalidad de convertir el porcentaje de penalización en la cuota patronal en la contingencia por desempleo a días de salario por año de servicio (al igual que el coste de las indemnizaciones que viene referido a días de salario por año de servicio).

Para hacer más comprensible la citada conversión a días de salario por año, se ponen dos ejemplos:

1º Un trabajador a tiempo completo con un salario mensual de 1.000 euros y dos pagas extras por igual importe. Su base de cotización anual sería de 14.000 euros (1.000 x 14) y su base cotización mensual sería 1.166,67 euros (1.000 + la prorrata de pagas extras). Ambas bases de cotización podríamos utilizarlas como base de cálculo de la indemnización. Ahora multiplicamos esa base de cotización anual por el porcentaje de penalización en la cuota empresarial por la contingencia por desempleo en relación a la contratación indefinida, que en este caso al ser un contrato a tiempo completo es el 1,20% (6,70 - 5,50) y obtenemos el importe de 168 euros (importe anual de la penalización). Ahora convertimos este importe a días de salario al año.

18. Art. 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994.

19. Artículo 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores para la indemnización de los contratos de duración determinada y el artículo 53.1.b también del Estatuto de los Trabajadores en el caso de la indemnización por extinción objetiva.

Para ello hacemos una regla de tres, si 14.000 euros (base de cotización anual) es el importe por 365 días, entonces 168 euros será “X”. Donde “X” es igual a 4,38 días al año. Y de esta forma, tenemos transformada la penalización de la cuota patronal en la contingencia por desempleo a días salario por año, que es la misma magnitud que tiene el coste de la indemnización.

2º Un trabajador a tiempo parcial con un salario mensual de 500 euros y dos pagas extras por igual importe. Su base de cotización anual sería de 7.000 euros (500 x 14) y su base cotización mensual sería 583,33 euros (500 + prorrata de pagas extras). Ambas bases de cotización podríamos utilizarlas como base de cálculo de la indemnización. Ahora multiplicamos esa base de cotización anual por el porcentaje de penalización en la cuota empresarial por la contingencia por desempleo, que en este caso al ser un contrato a tiempo parcial es el 2,20% (7,70 – 5,50) y obtenemos el importe de 154 euros (importe anual de la penalización). Ahora convertimos este importe a días de salario al año. Para ello hacemos una regla de tres, si 7.000 euros (base de cotización anual) es el importe por 365 días, entonces 154 euros será “X”. Donde “X” es igual a 8,03 días al año. Y de esta forma, tenemos transformada la penalización de la cuota patronal en la contingencia por desempleo a días salario por año, que es la misma magnitud que tiene el coste de la indemnización.

De esta manera la sobrecotización patronal en la contingencia por desempleo en la contratación temporal en relación con la contratación indefinida pasada a días de salario por año de servicio sería lo siguiente:

Tipología contractual	Tipología contractual	Penalización pasada a días de salario por año servicio
Obra o servicio y eventual a tiempo completo	1,20%	4,38
Obra o servicio y eventual a tiempo parcial.	2,20%	8,03
Interinidad	0%	0

** Fuente: Elaboración propia a partir de la penalización en la cotización patronal por la contingencia por desempleo de la contratación temporal, en relación con la indefinida*

En esta tabla, se puede apreciar, la conversión del citado porcentaje de penalización en la cuota patronal por la contingencia de desempleo, pasada a días de salario por año de servicio. Este coste adicional que paga mensualmente el empresario por la contratación temporal estructural, tanto por la modalidad “obra o servicio determinado” como “eventual por circunstancias de la producción” en relación a la contratación estable, se puede adicionar directamente al coste de la indemnización por finalización de la contratación temporal, ya que hablamos de magnitudes iguales en ambos sumandos, como se mencionaba anteriormente. En las siguientes tablas se han adicionado ambos costes, teniendo en cuenta que la indemnización por finalización contractual temporal según lo establecido en la Disposición Transitoria Decimotercera del Estatuto de los Trabajadores²⁰, se irá incrementando cada año , llegando a ser para los contratos que se le celebren a partir del año 2015 de 12 días de salario por año²¹ de servicio:

20. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

TABLA AÑO 2012

Tipología contractual	Indemnización por finalización contractual en días de salario por año de servicio	Penalización pasada a días de salario por año servicio	Sumatorio de ambos costes en días de salario por año de servicio
Obra o servicio y eventual a tiempo completo	9	4,38	13,38
Obra o servicio y eventual a tiempo parcial.	9	8,03	17,03
Interinidad	0	0	0

* Fuente: Elaboración propia.

TABLA AÑO 2013

Tipología contractual	Indemnización por finalización contractual en días de salario por año de servicio	Penalización pasada a días de salario por año servicio	Sumatorio de ambos costes en días de salario por año de servicio
Obra o servicio y eventual a tiempo completo	10	4,38	14,38
Obra o servicio y eventual a tiempo parcial.	10	8,03	18,03
Interinidad	0	0	0

TABLA AÑO 2014

Tipología contractual	Indemnización por finalización contractual en días de salario por año de servicio	Penalización pasada a días de salario por año servicio	Sumatorio de ambos costes en días de salario por año de servicio
Obra o servicio y eventual a tiempo completo	11	4,38	15,38
Obra o servicio y eventual a tiempo parcial.	11	8,03	19,03
Interinidad	0	0	0

* Fuente: Elaboración propia.

TABLA AÑO 2014

Tipología contractual	Indemnización por finalización contractual en días de salario por año de servicio	Penalización pasada a días de salario por año servicio	Sumatorio de ambos costes en días de salario por año de servicio
Obra o servicio y eventual a tiempo completo	12	4,38	16,38
Obra o servicio y eventual a tiempo parcial.	12	8,03	20,03
Interinidad	0	0	0

* Fuente: *Elaboración propia.*

En ninguna de las tablas se ha tenido en cuenta las posibles sanciones por la utilización ilegal o fraudulenta de la contratación temporal estructural, por razones obvias²², aunque si se aprovechará para señalar, que según la LISOS²³ se trata de una falta grave²⁴ que lleva apareja una sanción administrativa grave²⁵ con la siguiente

22. Porque resultaría impreciso el cálculo del sumatorio del coste indemnizatorio por finalización contractual y el coste de la penalización por la contingencia por desempleo en la cuota patronal, con el aumento de las posibles sanciones administrativas por utilización ilegal contractual (convertido este aumento a la misma magnitud, es decir, a días de salario por año de servicio).

23. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

cuantía: en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros. Tampoco se ha apreciado la mayor cotización en la cotización patronal en las contingencias comunes por la penalización en la contratación temporal, excepto en el contrato de interinidad y en el sistema especial de la trabajadores por cuenta ajena agrario del Régimen General, de los contratos inferiores a siete días²⁶, que hace la Orden ESS/184/2012 en su artículo 26. Este artículo establece un incremento en la cotización empresarial por contingencias comunes en contratos de corta duración (inferiores a 7 días) del 36%.

Ahora se trata de abordar los costes de ajustes de la contratación indefinida, cuando se trata del despido legal²⁷, es decir, la extinción objetiva procedente, bien por causas económicas²⁸, técnicas²⁹, organizativas³⁰ o de producción³¹ y poder compararlos con los de la contratación temporal estructural.

24. Artículo 7.2 de la LISOS, establece como infracción grave: “La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”.

25. Artículo 40.1.b de la LISOS.

26. Se interpreta jurídicamente, que estamos ante una relación laboral de carácter “no permanente” y por tanto, es correcta y legal la utilización de la contratación temporal, por lo que no tiene sentido analizar este sobre coste en relación a la contratación indefinida como si se ha realizado con la indemnización por finalización contractual y la penalización en la cuota patronal por la contingencia por desempleo de las modalidades por tiempo determinado (obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción), cuando éstas no se ajustan a derecho.

27. En la reforma laboral de este año 2012, regulada por la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, el legislador ha clarificado las causas de la extinción objetiva para que no existe inseguridad jurídica por parte de los empleadores para la utilización de esta vía de extinción contractual, así como disuadir a los empresarios la utilización de la vía ilegal de extinción, es decir, el despido improcedente que siempre será más costoso.

Así se recoge en el preámbulo V de la ley cuando señala: “Por su parte, los despidos objetivos por las mismas causas han venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. Ello explica que las empresas se decantaran, a menudo, por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación”. Y seguidamente señala: “se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos. La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre.

Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”.

28. Según el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. Es decir, un empleador tendría causa para readaptar su plantilla por la vía de la extinción objetiva procedente, con la menor actividad empresarial, justificando como hecho la disminución de volumen de ingresos o ventas en tres trimestres consecutivos comparados con los mismos trimestres del año anterior.

Se diferenciarán por un lado, los costes indemnizatorios por extinción objetiva procedente en empresas de menos de 25 trabajadores y del resto, ya que el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores establece lo siguiente: “en los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año. No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes³², estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo”.

29. El mismo artículo 51.1 del ET: “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”.

30. Art. 51.1 del ET: “causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”.

31. Art. 51.1 del ET: causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

32. Con buena lógica jurídica el FOGASA no sufragará parte de la indemnización en despidos ilegales, eufemísticamente denominados improcedentes, ya que sólo faltaría eso, es decir, que el propio Estado fomentara vías de extinciones contractuales ilegales o no conformes a derecho.

Como consecuencia de ello, en empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonará directamente al trabajador 8 días de salario por año de servicio prorrateándose los períodos inferiores al año por meses, de los 20 días por año de servicio en el caso de extinciones objetivas procedentes. Por lo que el empleador sólo abonará 12 días de salario por año de servicio, siempre que el salario se ajuste a los límites³³ previstos en el artículo 33.2 del ET.

En la contratación indefinida podemos encontrarnos con bonificaciones³⁴ en materia de Seguridad Social con empleadores que tengan menos de 50 trabajadores, tanto por contratación indefinida inicial a tiempo completo con trabajadores jóvenes entre 16 y 30 años ambos inclusive o mayores de 45 años.

33. Los límites son: que el salario diario no excede del doble del S.M.I. y con el tope máximo de una anualidad. Si se superare los mismos, es el empresario el que debe asumir la parte no abonada por el FOGASA según la STS de 31 de Octubre de 1996, RJ 1986/8185 en su fundamento de derecho tercero interpreta: “ninguna norma prevé que la total indemnización sea rebajada, no puede entenderse que la ayuda que establece el artículo 33.8 del Estatuto suponga que la responsabilidad de la empresa queda limitada a su sesenta por ciento; es claro que el derecho del trabajador a percibir íntegra su indemnización persiste y por tanto el empresario debe subvenir al pago de la diferencia que resulte como consecuencia de la aplicación de los topes máximos que se previenen en el apartado 2 del repetido artículo 33”.

34. Bonificaciones en la cuota patronal a la Seguridad Social son las siguientes (artículo 4 de la Ley 3/2012):

-Jóvenes entre 16 y 30 años ambos inclusive, tiene una bonificación de 1.000 euros/año el primer año, 1.100 euros/año el segundo año y 1.200 euros/año el tercer año. Si este contrato se concierta con mujeres en sectores en los que se encuentren subrepresentadas las bonificaciones se incrementarán en 100 euros/año.

-Mayores de 45 años, tiene una bonificación de 1.300 euros/año durante tres años. Si este contrato se concierta con mujeres en sectores en los que se encuentren subrepresentadas las bonificaciones serán de 1.500 euros/año, también durante 3 años.

Asimismo también es posible tener derecho a incentivos fiscales³⁵ por la citada contratación laboral estable.

Como ocurría con las sanciones administrativas en la contratación temporal en las que éstas no se tenían en cuenta para aumentar los costes de las indemnizaciones por finalización contractual, ahora en sentido contrario, tampoco tendremos en cuenta las “bonificaciones ni los incentivos fiscales”³⁶ para la reducción de las indemnizaciones por extinción objetiva de los contratos indefinidos.

En la siguiente tabla aparecen los costes indemnizatorios de la contratación indefinida por extinción objetiva, teniendo en cuenta si se trata de empresas de menos de 25 trabajadores o bien del resto de empleadores, ya que el primer caso, como hemos visto anteriormente, el FOGASA asume 8 días de salario por año de servicio, quedando de abono para el empleador 12 días de salario por año de servicio.

35. Los incentivos fiscales son las siguientes (art. 43 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades):

Si el primer trabajador de la empresa tiene menos de 30 años: deducción fiscal de 3.000 euros en la cuota íntegra del impuesto de sociedades.

Adicionalmente, las entidades que tengan una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento en que concierten contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y en caso de contratar desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50% del menor de cualquiera de los siguientes importes: a) la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, o b) el importe correspondiente a doce mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida.

36. Porque no todos los contratos indefinidos tendrá derecho a bonificaciones e/ó incentivos fiscales y porque aunque se tuviera derecho a/los mismo/s, el cálculo para la minoración de las indemnizaciones por extinciones objetivas por este motivo sería impreciso dada la multitud casuística que podría comportar.

Tabla costes indemnizatorios por extinción objetiva

Tipos de empresas	Indemnización por extinción objetiva abonada por el empleador en días de salario por año de servicio	Indemnización por extinción objetiva abonada por el FOGASA en días de salario por año de servicio	Sumatorio de ambas indemnizaciones en días de salario por año de servicio
Empleadores con menos de 25 trabajadores	12	8	20
Resto de empleadores	20	0	20

Y ahora en las siguientes tablas, vamos a comparar los costes de la contratación temporal por finalización contractual, incrementados con la penalización en la contingencia por desempleo en la cuota patronal, y los costes de la contratación indefinida en el caso de la extinción objetiva abonados por el empleador.

Tabla comparativa de costes año 2012

Tipos de empresas	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial	Interinidad	Indefinido
Empleadores con menos de 25 trabajadores	13,38	17,03	0	12
Resto de empleados	13,38	17,03	0	20

* Fuente: *Elaboración propia.*

En esta tabla, representativa del año actual, podemos comprobar que en empresas de menos de 25 trabajadores los costes de la contratación temporal estructural, excepto el contrato de interinidad, son más elevados que los costes de la contratación estable. Y ello sin tener en cuenta como se mencionada anteriormente, ni bonificaciones e incentivos fiscales posibles en la contratación indefinida, y despreciando las posibles sanciones por utilización ilegal de la contratación temporal. Además debemos recordar que el abono de las indemnizaciones junto con la penalización en la contingencia por desempleo en la cuota patronal es algo que debe asumir el empleador de manera real, mientras que las indemnizaciones por extinciones objetivas de la contratación estable siempre será un coste potencial para el empresario.

Tabla comparativa de costes año 2013

Tipos de empresas	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial	Interinidad	Indefinido
Empleadores con menos de 25 trabajadores	14,38	18,03	0	12
Resto de empleados	14,38	18,03	0	20

* Fuente: Elaboración propia.

Tabla comparativa de costes año 2014

Tipos de empresas	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial	Interinidad	Indefinido
Empleadores con menos de 25 trabajadores	15,38	19,03	0	12
Resto de empleados	15,38	19,03	0	20

* Fuente: Elaboración propia.

Tabla comparativa de costes año 2015

Tipos de empresas	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo	Obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial	Interinidad	Indefinido
Empleadores con menos de 25 trabajadores	16,38	20,03	0	12
Resto de empleados	16,38	20,03	0	20

** Fuente: Elaboración propia.*

En esta tabla se puede observar como quedarán los costes para el año 2015, que será el último año de crecimiento del coste indemnizatorio por la finalización contractual de la contratación temporal estructural (obra o servicio y eventual por circunstancias de la producción). Se puede apreciar que en empresas de menos de 25 trabajadores los costes de la contratación temporal estructural, excepto el contrato de interinidad, son superiores a los costes de la contratación indefinida y llegan a igualarse en el caso del resto de empresas con respecto a la contratación temporal estructural a tiempo parcial (obra o servicio y eventual por circunstancias de la producción).

Hay que mencionar, que los costes de ajustes de la contratación temporal estructural vistos hasta ahora, son los regulados por ley, por los que éstos pueden ser mejorados convencionalmente, es decir, los convenios colectivos pueden aumentar estos costes de ajustes. Ello ocurre por ejemplo en el sector de la construcción, a través del “V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción³⁷”.

En la citada norma jurídica se establece, en sus artículos 24.8 y 25.1, las siguientes indemnizaciones por la extinción de la contratación temporal estructural que se detallan en la siguiente tabla. Se ha convertido los porcentajes de indemnización a días de salario por año de servicio con el objetivo de trabajar con magnitudes iguales y poder compararlas.

Contratación temporal	Indemnización porcentual convencional	Equivalencia a días de salario por año servicio
Obra o servicio	7%	25,55 días
Eventual	7%	25,55 días
Interinidad	7%	25,55 días

Fuente: Elaboración Propia sacada del V Convenio General del Sector de la Construcción.

37. Resolución de 28 de Febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V convenio colectivo del sector de la construcción.

Si a estas indemnizaciones, le añadimos la penalización en la cotización patronal a la seguridad social por la contingencia de desempleo para los contratos de “obra o servicio determinado” y “eventual por circunstancias de la producción”, con el objetivo de conocer el coste total de la contratación temporal en comparación con la contratación indefinida, obtendremos la siguiente tabla:

Tipología contractual	Indemnización por finalización contractual en días de salario por año de servicio	Penalización pasada a días de salario por año de servicio	Sumatorio de ambos costes en días de salario por año de servicio
Obra o servicio	25,55	4,38	29,93
Eventual	25,55	4,38	29,93
Interinidad	25,55	0	25,55
Obra o servicio parcial.	25,55	8,03	33,58
Eventual parcial.	25,55	8,03	33,58
Interinidad parcial	25,55	0	25,55

Fuente: Elaboración propia, a partir de tablas anteriores.

Podemos comprobar en esta tabla como se disparan los costes de ajustes en la contratación temporal estructural en el sector de la construcción, siendo muy superiores a los costes de ajustes regulados por ley, llegando a ser más del doble en el caso de la contratación por obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción (29,93 días por año de servicio) para el caso de empresas de menos de 25 trabajadores, que los costes de ajustes de la extinción objetiva para la contratación indefinida (12 días por año de servicio). También sufren un fuerte aumento los costes del contrato de interinidad en este sector de producción, pasando de de 0 días por año de servicio a 25,55 días por año de servicio.

Sin embargo, y a pesar de haberse puesto de manifiesto que los costes de ajustes de la extinción por finalización de la contratación temporal estructural son más elevados en el sector de la construcción y respecto al resto de los sectores en relación a la modalidad contractual por obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción en empresas de menos de 25 trabajadores, e igualándose los costes de ajustes en esas mismas modalidades pero a tiempo parcial en el resto de empresas, en comparación con la extinción objetiva de la contratación indefinida, según fuentes estadísticas del Servicio Público de Empleo Estatal en su vertiente dinámica y para el mes de Agosto de este año 2012 la contratación laboral ha sido la siguiente:

AGOSTO 2012	TOTAL	% SOBRE TOTAL CONTRATOS	% SOBRE TOTAL SEXO
AMBOS SEXOS			
INDEFINIDO ORDINARIO (Boni. / No Bonif.)	36.411	3,65	100,00
INDEFINIDO FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA			
PERS. CON DISCAPACIDAD	329	0,03	100,00
OBRA O SERVICIO	371.584	37,28	100,00
EVENTUAL CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCION	435.063	43,65	100,00
INTERINIDAD	137.448	13,79	100,00
TEMPORAL PERS. DISCAPACI- DAD	877	0,09	100,00
RELEVO	1.107	0,11	100,00
JUBILACION PARCIAL	1.658	0,17w	100,00
SUST. JUBILACION 64 AÑOS	203	0,02	100,00
PRACTICAS	2.100	0,21	100,00
FORMACION	3.561	0,36	100,00
OTROS CONTRATOS	6.357	0,64	100,00
TOTAL CONTRATOS INICIALES	996.698	100,00	100,00
CONVERTIDOS EN INDEFINI- DOS	25.057		100,00
TOTAL CONTRATOS Y ADSCRIP- CIONES	1.021.853		100,00

En esta tabla se puede apreciar como la contratación indefinida u ordinaria se convierte en lo excepcional en nuestro mercado de trabajo, su porcentaje sobre el total de la contratación laboral apenas representa el 4%, y por el contrario la contratación estructural u extraordinaria se comporta como la regla usual de la contratación laboral en nuestro país, representando más del 94% del total de la contratación de nuestro mercado laboral. Lo contrario según se ha visto en su regulación jurídica.

Además, debido al excesivo peso que tiene la contratación temporal en su vertiente dinámica en España, provoca que nuestro país arroje unas tasas de contratación temporal en su vertiente estática muy superiores a la media de la Unión Europea. Así en el año 2011 la tasa de temporalidad en España era del 25% mientras la media de los países de nuestro entorno era del 14%. Llegando a ser en nuestro país en el año 2006 del 34% mientras la media de los países de nuestro entorno no llegaba al 15%.

Seguidamente se muestra una tabla con las tasas de temporalidad de los países cercanos, incluida España, desde el año 2001 al 2011 ambos inclusive, perteneciente a Eurostat del año 2012.

Las razones del uso abusivo de la contratación temporal estructural en nuestro país se abordarán en el siguiente apartado.

TASA DE TEMPORALIDAD DE LA POBLACIÓN DE 15 Y MÁS AÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA (% , medias anuales)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
UE 27	12,5	12,4	12,6	13,2	14,0	14,5	14,6	14,2	13,6	14,0	14,1
UE 15	13,5	13,2	13,1	13,5	14,3	14,9	14,9	14,5	13,8	14,1	14,2
Bélgica	8,8	7,6	8,6	8,7	8,9	8,7	8,6	8,3	8,2	8,1	9,0
Bulgaria	6,8	6,1	6,3	8,0	6,4	6,2	5,2	5,0	4,7	4,5	4,1
Rep. Checa	8,1	8,3	9,2	9,5	8,6	8,7	8,6	8,0	8,5	8,9	8,5
Dinamarca	9,4	8,9	9,6	9,8	9,8	8,9	8,7	8,4	8,9	8,6	8,8
Alemania	12,4	12,0	12,2	12,4	14,2	14,5	14,6	14,7	14,5	14,7	14,7
Estonia	2,9	2,2	3,0	3,0	2,7	2,7	2,1	2,4	2,5	3,7	4,5
Irlanda	4,6	4,9	4,7	3,4	3,7	6,0	8,1	8,5	8,6	9,4	9,9
Grecia	13,5	11,8	11,3	12,4	11,8	10,7	10,9	11,5	12,1	12,4	11,6
España	32,0	32,0	31,8	32,1	33,3	34,0	31,7	29,3	25,4	24,9	25,3
Francia	14,9	14,1	13,3	12,8	13,9	14,8	15,1	14,9	14,3	15,0	15,3
Italia	9,5	9,9	9,5	11,9	12,3	13,1	13,2	13,3	12,5	12,8	13,4
Chipre	10,8	9,1	12,5	13,1	14,0	13,1	13,2	13,9	13,4	13,5	13,6
Letonia	7,1	11,6	9,5	9,2	8,4	7,1	4,2	3,3	4,3	6,8	6,5
Lituania	6,6	7,5	8,0	6,6	5,5	4,5	3,5	2,4	2,2	2,4	2,8
Luxemburgo	4,4	4,3	3,1	4,8	5,3	6,1	6,8	6,2	7,2	7,1	7,1
Hungría	7,5	7,5	7,6	6,9	7,0	6,7	7,3	7,9	8,5	9,7	8,9
Malta	4,2	4,2	4,2	3,3	4,5	3,7	5,1	4,3	4,9	5,7	6,6
Países Bajos	14,3	14,3	14,5	14,6	15,5	16,6	18,1	18,2	18,2	18,5	18,4
Austria	8,1	7,4	7,2	9,5	9,1	9,0	8,9	9,0	9,1	9,3	9,6
Polonia	11,9	15,5	18,9	22,6	25,7	27,3	28,2	27,0	26,5	27,3	26,9
Portugal	20,0	21,6	20,6	19,9	19,5	20,6	22,4	22,8	22,0	23,0	22,2
Rumanía	3,0	0,9	2,1	2,8	2,4	1,8	1,6	1,3	1,0	1,1	1,5
Eslovenia	13,1	14,7	13,7	18,0	17,4	17,3	18,5	17,4	16,4	17,3	18,2
Eslova uia	5,0	4,8	5,0	5,5	5,0	5,1	5,1	4,7	4,4	5,8	6,6
Finlandia	17,9	17,3	17,9	17,1	16,5	16,4	15,9	15,0	14,6	15,5	15,6
Suecia	15,9	15,7	15,8	15,7	16,0	17,3	17,5	16,1	15,3	15,8	16,4
Reino Unido	6,7	6,2	5,9	5,7	5,8	5,8	5,9	5,4	5,7	6,1	6,2

Fuente: Eurostat, 2012.

4. RAZONES DE LA ABUSIVA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL

Nuestro ordenamiento jurídico laboral, como hemos visto anteriormente, establece que la contratación laboral indefinida es la modalidad contractual ordinaria y, por el contrario, la contratación laboral temporal es extraordinaria³⁸. Es decir, la modalidad contractual indefinida está positivada y la temporal es causal o restrictiva.

Sin embargo la realidad laboral de nuestro mercado de trabajo, como se señaló en el apartado anterior de este trabajo, es bien distinta al marco normativo vigente, por lo que se puede manifestar que en nuestro mercado de trabajo existe bastante utilización indebida de la contratación por tiempo determinado, sobre todo por ilegalidad contractual y en algunos casos por fraude de ley.

Seguidamente se abordará las posibles causas de ese desajuste entre normativa y realidad social:

- 1. Ambigüedad del marco legal** existente en materia de contratación laboral temporal estructural.
- 2. Interpretación judicial tolerante** con la contratación laboral temporal estructural.

³⁸. Art. 15.1 ET.

3. Papel de la autonomía colectiva, en materia de contratación laboral temporal estructural.

4. La Administración y la contratación temporal estructural.

5. La indebida utilización de los contratos de puesta a disposición entre las ETTs y las empresas usuarias.

6. La contratación temporal estructural sucesiva o en cadena.

7. Cultura empresarial proclive a la utilización indebida de la contratación temporal estructural.

En todos los puntos de este apartado, cuando se hace referencia a la contratación temporal, vendrá referida a la modalidad contractual por “obra o servicio determinado” y “eventual por circunstancias de la producción”, ya que se interpreta que la modalidad contractual de “interinidad” al ser mucho menos utilizada en nuestro mercado de trabajo se emplea conforme a derecho, salvo que se mencione esta última.

4.1 Ambigüedad del marco legal existente en materia de contratación temporal estructural

Respecto a la modalidad contractual por “obra o servicio determinado” tenemos la siguiente regulación legislativa:

“Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la

empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza” (art. 15.1a ET).

“Cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización” (art. 2.1 RD 2720/1998).

El legislador con esta regulación, deja el campo abierto a los empresarios para utilizar esta modalidad de contratación laboral temporal, dejando a la autonomía colectiva un papel secundario. Por que se legisla en el sentido de facultar al empresario para el empleo de este contrato temporal para aquellos trabajos o tareas con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, definición abstracta. Así, mientras la negociación colectiva no haya identificado los trabajos o tareas objeto de este tipo de modalidad temporal, el empresario tiene total libertad para ejercerla.

La comisión negociadora³⁹ por la que se negocia colectivamente un convenio, esta compuesta por igual número de miembros por parte de los representantes de los empresarios que por los representantes de los trabajadores. Cuando se negocia un convenio colectivo, será muy difícil regular las tareas o actividades objeto de este contrato temporal, por dos razones principalmente:

39. Art. 88 del ET.

1) A la asociación patronal, o en su caso, la representación patronal en la empresa, no le interesa que se regule esta materia, porque así cuenta el empleador con total libertad para utilizar dicha modalidad temporal. Con una regulación convencional en esta materia, se le privaría al empleador, de ese libertinaje que goza a priori por el legislador para el empleo del contrato por “obra o servicio determinado”.

2) Al sindicato, o en su caso, los representantes de los trabajadores en la empresa, bien porque los sindicatos se preocupan poco de los trabajadores temporales, o bien, porque los representantes de los trabajadores como suelen ser trabajadores con contratación indefinida no les interesan o se preocupan poco por materias que no van con ellos. Con toda esta argumentación, quizás una regulación más en la lógica jurídica, hubiera consistido, en haber utilizado el verbo “**podrán**” por “**deberán**”, quedando el párrafo legislado como sigue:

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, deberán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Con ello el legislador conseguiría lo siguiente:

- Impedirle la discrecionalidad al empresario en la utilización indiscriminada de esta modalidad contractual, mediante el tope impuesto por la negociación colectiva.
- La negociación colectiva es la que mejor puede regular las actividades objeto de esta contratación temporal, ya que es la que mejor conoce desde un punto de vista objetivo, su proceso productivo. Sería una

regulación objetiva y no subjetiva como en la regulación consistente en dejar total libertad al empresario, para ejercer el empleo de este modelo de contratación temporal.

- Habría un control objetivo por parte de los representantes de los trabajadores, cuando el empresario les entrega la “copia básica” de la contratación. Tendrían en el convenio colectivo una regulación, para forjarse una interpretación adecuada, si esa contratación se ajusta a derecho o no (art. 8.3a y 64.2 del ET).
- Se fomentaría una cultura de participación y negociación entre las partes, tan importante hoy día en una sociedad civilizada y democrática como la nuestra.

Respecto a la regulación jurídica que hace el legislador de la contratación determinada **“eventual por circunstancias de la producción”**, se establece lo siguiente:

“Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas” (art. 15.2 del ET).

“El contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa” (art. 3.1 del RD 2720/1998).

Según dicha regulación legislativa, podemos sacar los siguientes matices:

1. El contrato “eventual”, tiene por objeto, una necesidad imprevista de mano de obra para cubrir necesidades atinentes del mercado, que no pueden ser cubiertas por la plantilla fija de la empresa. Pero estas circunstancias han de ser inherentes al mercado en el que la empresa se desenvuelve. Por tanto, se cometerá “ilegalidad contractual”, si las circunstancias son propias del empresario y no del mercado. Así por ejemplo, si un empresario tiene contratada mano de obra infravalorada para cubrir las necesidades permanentes, y contrata mediante contratación eventual a dos trabajadores, para cubrir ese déficit asalariado para la cobertura total de la necesidad permanente, estaríamos ante un “ilegalidad” en la contratación temporal de esos de dos trabajadores, ya que esa causa de contratación es atinente al empresario y no al mercado.

2. Jurídicamente la frontera de esta modalidad temporal y la fija cíclica (tanto periódica como discontinua) es muy difusa. De esta manera, muchas veces se utiliza el contrato eventual de forma sucesiva, aún cumpliendo los períodos tanto de duración como de referencia, pero claramente nos adentramos en la parcela de la contratación fija cíclica en sus dos variantes fija periódica (cuando se repite en la mismas fechas) y fija discontinua (cuando no se repite en las mismas fechas).

Siguiendo con la regulación legislativa, tenemos lo siguiente:

“Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se

puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses”.

“En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima”.

“Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa” (art. 15.1.b del ET).

“Cuando el convenio colectivo u e resulte de aplicación haya determinado las actividades en las u e pueden contratarse trabajadores eventuales o haya fijado criterios generales relativos a la adecuada relación entre el número de contratos a realizar y la plantilla total de la empresa, se estará a lo establecido en el mismo para la utilización de esta modalidad contractual” (art. 3.1 del RD 2720/1998).

Es sorprendente la regulación que hace el legislador, porque da la impresión que legislará el contrato fijo discontinuo, bien en su gama de fijo periódico o fijo discontinuo. Regula una actividad cíclica (estacional), y no una actividad imprevista por las circunstancias del mercado, ya que ello no sería factible. Así cuando dice:

“Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al **carácter estacional de la actividad** en que dichas circunstancias se puedan producir”.

No entiendo cómo un incremento de la actividad imprevista puede ser regulado convencionalmente, ya que si se legisla y se conoce su estacionalidad, tendremos que desechar el adjetivo **imprevisto** por el de **cíclico**, y entonces estaremos irrumpiendo en la parcela jurídica de los contratos permanentes cíclicos, es decir, el “fijo periódico”, o bien, el “fijo discontinuo”.

Tampoco se comprende cuando tanto el ET como el RD 2720/1998 dicen que “por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales”, ya que no se trata de actividades ajenas al normal proceso productivo de la empresa, es decir, que tengan autonomía y sustantividad propia, como ocurre en el contrato temporal por obra o servicio determinado. En esta modalidad de contratación temporal de “eventualidad por circunstancias de la producción” hablamos de actividades propias y normales de la empresa. El problema no está en la cualidad sino en la cantidad de trabajo. Esta cantidad de trabajo anormal, es la que crea la causa para emplear esta contratación determinada y no aquellas actividades ajenas al normal proceso productivo, que son objetos del contrato temporal por obra o servicio determinado.

Pero sin lugar a dudas lo que resulta aún más sorprende por parte del legislador es lo regulado a través del artículo 12 del Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, “de medidas de apoyo al emprendedor

y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, donde se establece lo siguiente: “para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional, las empresas podrán celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o si ésta es inferior a tres meses.

Estos contratos se regirán por lo establecido en el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo, salvo lo siguiente:

a) Se considerará causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional.

b) La duración mínima del contrato será de tres meses.

c) La duración máxima del contrato será de seis meses, salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sin que en ningún caso dicha duración pueda exceder de 12 meses.

d) El contrato deberá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial siempre que, en este último caso, la jornada sea superior al 75 por ciento de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. A estos efectos se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable lo establecido en el artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores”. Según lo regulado por el apartado a) de este artículo 12 correspondiente al Real Decreto-Ley 12/2013 estamos una clarísima quiebra del principio de causalidad del contrato eventual por circunstancias de la producción. Es decir, el legislador ya no toma

como referente las causas propias del mercado, ni tan si quiera las de la empresa, sino que va más allá para basarse en causas atinentes del propio trabajador.

Con ello se vuelve a promocionar la contratación laboral temporal en detrimento de la indefinida al no exigir una causa adecuada a la justificación de la misma y se consigue con ello abastecer y mantener un pensamiento en la clase empresarial erróneo basado en que la creación de empleo es más fácil y menos costosa mediante la contratación temporal que con la contratación indefinida, cuando hemos visto en apartados anteriores de esta obra que no es así, produciendo este empleo precario efectos muy perniciosos para la economía cuando atravesamos periodos de recesión económica como en el que nos encontramos en la actualidad, ya que la destrucción de estos empleos se produce de manera muy intensa, elevando considerablemente la tasa de paro.

4.2 Interpretación judicial tolerante con la contratación temporal estructural

La jurisprudencia social, bajo mi modesta opinión, también contribuye desde su parcela de actuación, para que exista desavenencia entre la normativa laboral en materia de contratación laboral y la realidad social.

En este apartado me centraré en esa jurisprudencia atípica al normal razonamiento humano en concordancia con la normativa social, y que por tanto, permite y tolera la contratación temporal estructural en detrimento de la modalidad contractual indefinida, para la cobertura de actividades permanentes, bien en la gama de actividades continuas o discontinuas.

1) **Obra o servicio determinado**

- Utilización sistemática del contrato en casos de contrata.

El empleo del contrato para los casos en los que el empleador ha realizado un contrato de arrendamiento de obra con un tercero, haciendo coincidir la duración del contrato de trabajo con la duración de la contrata.

En este supuesto destaca la jurisprudencia⁴⁰, la necesidad de realizar, un trabajo temporalmente limitado y se reconoce autonomía y sustantividad propia a la contrata, operando o bien una cláusula resolutoria o un término atípico que, en cualquiera de ambos casos, alejan el abuso del derecho por parte del empleador. Este criterio jurisprudencial, es de hondo calado en nuestro actual mercado de trabajo, ya que actualmente nos encontramos inmerso en el fenómeno de la “descentralización productiva”, con el cual las actividades productivas son subcontratadas a otras empresas de manera muy intensa.

40. STS en u.d. de 4 de Mayo de 2006, (RJ 2006/2398). En el Fundamento de Derecho Quinto el TS interpreta lo siguiente:

“Existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa (subcontratista) y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible, en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

En este sentido no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el sujeto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objeto de la necesidad temporal de trabajo que el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente”.

Así mediante esta interpretación judicial, estamos convirtiendo actividades permanentes en no permanentes, a través de la descentralización productiva. Ello es maléfico para cualquier economía, porque incentivamos, inestabilidad en el empleo y especulación económica.

Jurídicamente, creo que una actividad que es permanente con una empresa comitente o contratista también deberá serlo para una subcontratista, salvo la distinción que realiza el profesor Camps Ruiz⁴¹ al respecto. Porque entonces aquellas empresas que actúen como subcontratista nunca tendrán plantilla estable ya que según la jurisprudencia todas las actividades que realicen tendrán “autonomía y sustantividad propia” dentro de la actividad de la empresa. No entiendo este planteamiento jurídico, cuando la actividad propia de la empresa es esa concreta actividad que realiza, por su especialización y no hay otra.

Pensemos por un momento, en una empresa subcontratista de telefonía, que se dedica a la instalación y montaje del instrumental necesario para el servicio telefónico. La actividad normal y permanente de esta

41. CAMPS RUIZ, L.M. La contratación laboral temporal. Tirant Lo Blanch, Valencia 1995. En la pag. 21, distingue contratos de obras o servicios que aunque representen para la empresa subcontratista una actividad normal u ordinaria, señala que si se les podría dar el calificativo de poseer autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, cuando esas actividades se puedan individualizar objetivamente en el espacio y tiempo.

Pero esta matización que ofrece el profesor Camps Ruiz, es una posibilidad extraordinaria que habilitaría para la concertación en el caso de contratos de obras y servicios al contrato por obra o servicio determinado, y otra bien distinta, es la interpretación jurisprudencial en la que automáticamente, considera legal el contrato de obra o servicio determinado por el hecho de tratarse de contrata de obra o servicio.

empresa consiste en eso, es decir, en la instalación de los artefactos para el uso de la telefonía. Esta es la actividad que realiza, y no hay otra debido a su especialización productiva. Si esta actividad desapareciera, también lo haría la empresa. Por lo que discrepo de la doctrina del alto Tribunal ya que desde mi criterio estamos ante actividades permanentes y normales dentro de la actividad de la empresa subcontratista, por lo que no cabe autonomía y sustantividad propia, ya que no son actividades ajenas a su normal proceso de producción.

Por consiguiente, y debido al fenómeno de “especialización productiva”, lo lógico, es que actividades extraordinarias en la empresa contratista se conviertan en actividades normales y permanentes en la subcontratista, debido al fenómeno de externalización del proceso productivo.

El contrato indefinido por otro lado, no es un contrato de trabajo eterno. Es un contrato, jurídicamente flexible, porque se adapta a las vicisitudes características de cualquier relación laboral, y a la vez ofrece estabilidad laboral al trabajador mientras exista actividad productiva. Guarda un equilibrio proporcionado entre flexibilidad productiva y estabilidad en el empleo, factores muy importantes en una sana relación laboral. Esta regulación jurídica es la que ha establecido el legislador con la Ley 35/2010⁴² de 17 de Septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, al establecer un tope temporal para el contrato por “obra o servicio determinado”, delimitando la frontera entre relación laboral estable de la relación laboral temporal.

42. Su artículo 1.Uno, ahora refundido en el Estatuto de los Trabajadores, establece lo siguiente: “Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”.

En este sentido, mediante la utilización de la modalidad contractual indefinida, el subcontratista podrá utilizar la movilidad geográfica de sus trabajadores con contratación indefinida para trasladarlos o desplazarlos a otra contrata que tenga con otra empresa contratista, cosa que no le habilitaría, si esos trabajadores fuesen temporales por obra o servicio determinado, ya que estaríamos ante una ilegalidad contractual.

Además la empresa subcontratista, se ahorraría la penalización que hace nuestro sistema de la Seguridad Social por emplear la contratación temporal en detrimento de la indefinida, en la cotización patronal por la contingencia por desempleo, como tuvimos oportunidad de analizar anteriormente.

Asimismo, hemos visto que los costes de ajustes en empresas de menos de 25 trabajadores son menores en la contratación indefinida por extinción objetiva que en la contratación temporal por finalización contractual, y para el resto de empresas, estos costes de ajustes prácticamente se igualan.

43. Incluso el legislador se decanta claramente por vía de la estabilidad. Así el art. 52.e del ET se establece lo siguiente:

“En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”.

Si en estos casos, el legislador entiende que la relación laboral ordinaria debe ser la contratación indefinida, idéntica razón para ello habrá, en el caso de contrataciones de obras y servicios por analogía jurídica.

Como vemos merece la pena introducir flexibilidad en la relación laboral y a la vez estabilidad laboral, decantándose claramente por la contratación indefinida.

Por todo ello, creo que la doctrina actual del TS en esta parcela debería modificarse⁴³ en el sentido apuntado, en el que se conseguiría mayor estabilidad laboral, menores costes (durante la vigencia y extinción contractual) y mayor margen de operatividad con los recursos humanos.

- Utilización del contrato en el supuesto de concesiones administrativas. En cuanto a la utilización del contrato por “obra o servicio determinado” para los supuestos de concesiones administrativas, estamos ante la misma interpretación jurisprudencial que en el caso de las contrataciones por obras o servicios. Por lo que el alto Tribunal⁴⁴ establece una relación directa entre concesión administrativa y contratación temporal mediante esta modalidad.

Disiento de la fundamentación jurídica del TS, por las mismas razones jurídicas expresadas anteriormente para el caso de la contratación por obra o servicio de este mismo apartado.

44. STS en u.d. de 20 de Noviembre de 2000 (RJ 2001/1422). En el Fundamento de Derecho Tercero se interpreta:

Aunque en la concesión administrativa no se trata de una obra o un servicio con un proceso que tiene principio y fin, sin embargo, la concurrencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por el encargo de un tercero y mientras éste se mantenga.

Esta argumentación jurídica hace factible la utilización para la misma del contrato por obra o servicio determinado.

2) Contrato eventual por circunstancias de la producción

- Validez de los contratos de eventualidad en las Administraciones Públicas para paliar los efectos de la insuficiencia de las plantillas de personal. La doctrina jurisprudencial⁴⁵ considera que en el caso de las Administraciones Públicas, la “insuficiencia de plantilla” puede actuar como un supuesto de “acumulación de tareas”. La original argumentación jurídica utilizada es que la acumulación de tareas no se refiere sólo al exceso anormal de producción sino asimismo a la disminución del personal disponible para realizarla, cuando los motivos (puesto de trabajo que no se ha creado como tal o bien no se ha incluido en la relación de puestos de trabajo) están basados en la imposibilidad de la utilización por parte de la Administración Pública del contrato de “interinidad por vacante”.

Cuando el legislador regula “por acumulación de tareas”, se está refiriendo a circunstancias atinentes al mercado no a las propias del empresario⁴⁶, como no podía ser de otra forma. La contratación temporal en nuestro sistema normativo laboral se fundamenta en causas objetivas, no en una casuística subjetiva propia del empresario, porque de lo contrario, estaríamos vulnerando el principio de causalidad de la contratación temporal.

45. STS en u.d. de 16 de Mayo de 2005, (R) 2005/9700).

46. La Administración Pública actúa como empleadora de una relación laboral a la que hay que aplicarle la normativa laboral. La solución a este problema estará en una actuación diligente por parte de la Administración Pública en la adecuada dirección y gestión de los recursos humanos necesarios para cumplir con su cometido. Lo contrario, no es más que un incumplimiento contractual de la normativa laboral, por carecer de causa legal, autorizada por la doctrina jurisprudencial.

4.3 Papel favorecedor de la negociación colectiva con la contratación temporal estructural

La negociación colectiva en materia de contratación temporal estructural tiene un papel de concreción adaptativa de la normativa legal y reglamentaria, a la realidad productiva de los distintos sectores de actividad económica para los que regula.

Además este papel convencional en materia de contratación temporal estructural es limitado, primero porque al tratarse de una contratación laboral causal, el legislador se ve obligado a establecer el régimen jurídico de las distintas modalidades causales⁴⁷ por las que se hace posible su concertación, y segundo porque a veces se le otorga más poder regulador a la autonomía individual⁴⁸ en detrimento de la autonomía colectiva, y todo en beneficio lógico de la parte fuerte de ésta, que no es otra que el empleador, con la consecuencia lógica de

47. Art. 15 del ET.

48. En el art. 15.1. a), el legislador, en la contratación por “obra o servicio determinado”, establece que cualquier convenio colectivo estatutario podrá identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan utilizarse con contratos de esta naturaleza.

Asimismo el RD 2720/1998, en su art. 2.1 establece que “cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización”.

Así, si el legislador en el art. 15.1 a) utilizará el verbo “deberán”, en vez de “podrán”, las partes estarían obligadas a regular en norma convencional, aquellos trabajos o tareas susceptibles del contrato de obra o servicio determinado, con lo que fuera de dichas actividades la contratación temporal sería ilegal. Y a la vez proporcionaría mayor control a representación de los trabajadores, ya que contarían con un instrumento de medida para detectar si dicha contratación laboral temporal se ajusta o no a lo establecido en el convenio colectivo por el que se regulan. Por eso interpreto que el legislador limita el poder regulador de la negociación colectiva en beneficio del empleador.

hacer más permisiva la contratación temporal en detrimento de la indefinida.

Aunque a veces ese poder regulador limitado es rebasado por la negociación colectiva, extralimitándose en la delegación legislativa en materia de contratación laboral, y todo ello, en aras del fortalecimiento de la contratación temporal en ese sector de producción. Ello ocurre por ejemplo con el contrato “fijo de obra⁴⁹” del sector de la construcción. El contrato “fijo de obra” según la doctrina judicial⁵⁰ se trata del contrato por “obra o servicio determinado”, en el sector de la construcción.

49. Art. 24 del V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción.

50. Dicha modalidad contractual temporal fue creada por la negociación colectiva sectorial estatal de la construcción y contaba con el beneplácito de la doctrina judicial (STS) de Cataluña, de 21 de Octubre de 1999, (AS 1999/3351), que lo califica de contrato de “obra o servicio determinado”, admitiendo su legalidad.

Aunque desde mi punto de vista, entiendo que se trata de un contrato de trabajo atípico⁵¹, en relación al contrato por “obra o servicio determinado”, con una clara extralimitación de la negociación colectiva en la delegación explícita que hace el legislador en el art. 15.1a⁵² del ET. Es más, este exceso regulador en la norma paccionada fue legalizado también por la Ley 32/2006⁵³, al entender ésta que el contrato “fijo de obra” no es más que una adaptación del contrato de “obra o servicio determinado” al sector de la construcción, para garantizar una mayor estabilidad en el empleo y con ello conseguir una mejora de la seguridad y salud laboral.

51. La negociación colectiva estatal del sector de la construcción, regula un contrato temporal denominado “fijo de obra”, que es una especie del anterior contrato por fomento del empleo temporal, con la diferencia que se puede celebrar con cualquier trabajador independientemente que se encuentre desempleado, como ocurría con el verdadero contrato por fomento del empleo (artículo 24 del V CGSC). El contrato “fijo de obra” tiene como característica más importante, que no se condiciona a la realización de una obra concreta sino a un tiempo máximo durante el cual el trabajador puede ser destinado a diferentes centros de trabajo de la misma empresa dentro de la provincia donde radique, mediante “acuerdos de continuidad”.

52. Mediante cualquier convenio colectivo, se podrán regular los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual temporal.

53. Disposición Adicional Tercera. En ella se regula lo siguiente:
“Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”.

Pero sin embargo la adaptación consiste en no aplicar parte del régimen jurídico del artículo 15.1 del E.T. Así en el art. 24⁵⁴ del V CGSC, se recoge que cuando haya acuerdo expreso (“Acuerdo de continuidad”) entre empresa y trabajador este podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia, con el contrato inicial de “fijo de obra”. Por lo que al considerarse un sólo contrato inicial de “obra o servicio determinado” (fijo de obra en el sector de la construcción), aunque pueda tener varios “acuerdos de continuidad”, por cambiar de unas obras a otras, no le afectará el tope máximo temporal para combatir la contratación sucesiva del art. 15.5, ya que este artículo actúa cuando se den dos o más contratos temporales, y no con uno sólo como ocurre en este caso. Y tampoco le afectaría el art. 15.1a del E.T. en relación al tope máximo temporal de 3 años para entender que la relación se convierte en indefinida, ya que establece la norma convencional que si se llega a acuerdos de continuidad para prestar servicios en otras obras con el trabajador y como resultado con los trabajos en la última obra se prolongan más allá de los 3 años, este precepto no se aplicará, entendiendo que el trabajador sigue siendo fijo de obra (modalidad temporal) y no indefinido. En resumidas cuentas

54. Sin embargo, manteniéndose el carácter de único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de 3 años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en el Anexo II y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos.

En este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 del E.T. como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de «fijos de obra».

la autonomía colectiva del sector de la construcción se ha propasado en materia de negociación colectiva en relación a la delegación que le hace el legislador, al implantar un contrato de trabajo temporal (fijo de obra) que tiene un régimen jurídico distinto del regulado legalmente (obra o servicio determinado), al no afectarle la aplicación del tope temporal que cataloga a la sucesión encadenada de contratos de trabajo temporales en relación laboral indefinida y por otro lado, tampoco se le aplica la frontera establecida por el legislador para separar relación laboral temporal de relación indefinida o establece, cuando el sumatorio de los anteriores “acuerdos de continuidad” del contrato fijo de obra más el último acuerdo con la obra final, puede sobrepasar más de 3 años, sin que por ello, la relación laboral se convierta en indefinida.

Pienso que con los elevados costes económicos que hemos tenido ocasión de ver en el apartado anterior en relación a la contratación temporal estructural en el sector de la construcción, hay que replantearse estas interpretaciones jurídicas, y comenzar a pensar más en relaciones laborales indefinidas para la entrada, y en las extinciones objetivas para la salida de recursos humanos, ya que de esta manera todo será más sencillo, flexible y menos costoso.

Otras veces la negociación colectiva puede complicar, o bien hacer más difusa aún, la regulación legalmente⁵⁵ establecida para delimitar la contratación temporal y la contratación indefinida en la gama de intermitente o cíclica. En este caso la autonomía colectiva confunde⁵⁶ actividades permanentes cíclicas con actividades con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa.

55. Artículos 15.1, 15.8 y 12 del ET.

56. Esta es la regulación que realiza el IV Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski respecto del contrato por obra o servicio determinado: “Contrato de obra o servicio determinado: Es el contrato para la realización de obra o servicio determinado y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. La duración del presente contrato será la prevista para la obra y servicio determinado objeto del mismo, y caducará al terminar ésta. Podrá realizarse tanto a tiempo completo como a tiempo parcial. No podrá tener una duración superior a tres años y transcurrido este plazo se adquirirá la condición de trabajador o trabajadora fija. En el contrato formalizado por escrito, se identificarán de forma clara los trabajos o tareas objeto del contrato, así como la jornada de trabajo. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del ET, se define como trabajo o tarea con sustantividad propia dentro de la actividad normal del sector la correspondiente a actividades relacionadas con las ventas especiales, campañas de verano, navidad, o cualesquiera otras que, conocidas por el público, tengan una duración limitada y presenten perfiles característicos propios aún dentro de la actividad normal de la empresa”.

En numerosas ocasiones los convenios colectivos, excepto de los convenios colectivos de empresas, regulan período de referencia y duración máxima, superiores a las establecidas por el propio Estatuto de los Trabajadores, para la modalidad contractual eventual. Hablamos de la “contratación eventual ampliada⁵⁷”. Así las empresas con convenio colectivo propio quedan exceptuadas del “contrato eventual ampliado”. Es como si el convenio colectivo sectorial operara como una norma reglamentaria para el resto de los convenios colectivos de ámbitos inferiores, en esta materia. Sin embargo, aparecen convenios colectivos de empresa⁵⁸ que sin tener habilitación previa del convenio sectorial, si establecían⁵⁹ el “contrato eventual ampliado”.

57. Art. 15.1 b) del ET, establece lo siguiente:

“Por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir”.

Así en la contratación eventual por circunstancias de la producción, los convenios colectivos suelen regular un período dentro del cual se permite esta modalidad contractual y una duración máxima del contrato eventual, superior a la legislada por el Estatuto de los Trabajadores. Con ello se hace más permisivo el empleo de esta modalidad contractual temporal, en relación con actividades permanentes cíclicas. Ejemplos de ello, el art. 25.2 del V Convenio General del Sector de la Construcción, art. 41.1 del Convenio Colectivo del Comercio para la Provincia de Málaga, art. 15 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, art. 21.1 del II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera, art. 18.1 del XVI Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, art. 35 del Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito, etc.

58. Por ejemplo, en el art. 17 del III Convenio Colectivo de la empresa “AMPER Servicios S.A.”. BOE 299/2001, de 14 de Diciembre.

59. Actualmente, ya no aparece en el articulado del VI Convenio Colectivo de la empresa “AMPER Soluciones S.A.” el contrato eventual ampliado. BOE 296/2008, de 9 de Diciembre.

Sorprende la utilización del contrato de “interinidad” para el supuesto de sustitución por vacaciones⁶⁰, cuando la jurisprudencia tiene sentada una doctrina en la cual no se permite la concertación de esta modalidad, al interpretar jurídicamente, que al no existir reserva del puesto de trabajo no se faculta la utilización de esta modalidad contractual.

En resumidas cuentas se puede señalar que la negociación colectiva en algunas ocasiones regula a favor de la contratación indefinida⁶¹, como se pudo analizar al aumentar considerablemente los costes de ajustes en el sector de la construcción para la finalización de la contratación temporal estructural, sin embargo en bastantes otras se fomenta la utilización de la contratación temporal estructural.

60. Art. 22.3 del IV Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski, (BOE 57/2012, de 7 de Marzo), establece lo siguiente: “Contrato de interinidad: Se pacta la posibilidad de su celebración para suplir las ausencias derivadas de: Incapacidad Temporal, Maternidad, Excedencias, permisos retribuidos, suspensiones de empleo y sueldo, sustituciones por formación, otros permisos análogos y especialmente la sustitución por vacaciones, debiendo de constar, en estos casos, en el contrato, el nombre o nombres y periodos de las personas trabajadoras objeto de la sustitución, y la/s causa/s, pudiendo acumularse sucesivamente varias de ellas en un solo contrato”.

61. Como ejemplo podemos señalar que la negociación colectiva del sector de la construcción a nivel estatal ha aumentado considerablemente el coste indemnizatorio por finalización de la contratación temporal estructural, siendo éste muy superior al regulado por el Estatuto de los Trabajados, que ya tuvimos ocasión de analizar en este trabajo, por lo que con esta medida se fomenta la contratación indefinida en detrimento de la temporal estructural.

4.4 La Administración y la contratación temporal estructural

En la actualidad, y España no es una excepción, los sistemas de empleo públicos son híbridos, compuestos por:

- Funcionarios Públicos: empleados públicos sometidos al régimen jurídico administrativo.
- Empleados Laborales: empleados públicos regulados por la normativa laboral.

Es decir, no existen sistemas de empleos públicos puros, compuestos únicamente por funcionarios. Ello es debido, a que en la actualidad los servidores públicos ya no sólo desempeñan funciones de autoridad o policía (administración de justicia, recaudación de impuestos, mantenimiento del orden público, etc.), sino que también, desarrollan las funciones propias de un Estado Social. De ahí, que ya no se haga necesario el carácter estrictamente funcionarial de los empleados públicos, y puede llevarse a cabo esos nuevos servicios por personal sometido al Derecho del Trabajo, introduciendo con ello mayor celeridad, flexibilidad e inmediatez, tanto en los procesos de selección y contratación del personal, como en los extintivos.

Así mediante el Decreto 315/1964⁶² de 7 de Febrero, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, promovido por Laureano López Rodó, se introduce en nuestro país la posibilidad para que la Administración Civil del Estado se convirtiera también en empleadora laboral, es decir, poder contar con trabajadores a su servicio, regulados por el Derecho del Trabajo.

A partir de entonces comenzaron a convivir en nuestra Administración Pública dos regímenes jurídicos diferenciados:

- Régimen funcional: Sometido a Derecho Administrativo.
- Régimen Laboral: Sujeto al Derecho del Trabajo.

A raíz de la Constitución Española⁶³, nuestro país se constituye en el conocido “Estado de las Autonomías⁶⁴”. Debido a ello, podemos distinguir varias Administraciones Públicas⁶⁵.

62. En su art. 7 se establece:

“Son trabajadores al servicio de la Administración Civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable”.

“En todo caso, la admisión de trabajadores al servicio de la Administración Civil deberá estar autorizada reglamentariamente”.

Este artículo ha quedado derogado recientemente por la Disposición Derogatoria Única. a) de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. (RCL 2007/768).

En consecuencia con la nueva estructura del Estado, podemos encontrarnos en la actualidad con los siguientes sistemas de empleo públicos:

- Sistema de empleo público de la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. Estos puestos de trabajos públicos se regulan por la Ley 30/1984⁶⁶, de 2 de agosto, el RDLeg 2/2000⁶⁷, de 16 de junio y la Ley 7/2007⁶⁸, de 12 de Abril.

63. Tras la CE, en base a su regulación en el art. 103,3 (RCL 1978/2836) y en la doctrina sentada por la STC 99/1987 de 11 de Junio (RTC 1987/99), es comúnmente aceptado que el régimen ordinario de prestación de servicios en la Administración Pública es el funcionarial, en tanto que a través de la Ley, como excepción, podrá determinarse los supuestos en que será posible la contratación laboral.

64. Art. 2 de la CE, reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.

65. Art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RDLeg 2/2000, se regula la definición de Administración Pública. Así tienen dicha consideración:

- La Administración General del Estado.
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- Las Entidades que integran la Administración Local.

66. Ley 30/1984, de 2 de Agosto, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, RCL 1984/2000. En su artículo 15, actualmente en vigor, en su redacción dada por la Ley 23/1998, se regula lo siguiente:

En la Administración Estatal, como regla general los puestos de trabajo se cubrirán por personal funcionario, excepto en aquellos puestos de trabajo de naturaleza “no permanente”, que podrá acudir al régimen laboral.

67. En su art. 196, se recoge que las funciones dentro de la Administración Pública que consistan en actividades de consultoría y asistencia y servicios, se regularán por el régimen administrativo en lugar del laboral.

- Sistema de empleo público de la Administración Autonómica. Se regulan por la normativa genérica de la Ley 7/2007⁶⁹, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa específica de cada Comunidad Autónoma o Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Ejemplos: Ley 6/1985⁷⁰, Decreto Foral Legislativo 251/1993 .

68. En su art. 2, donde se recoge el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, tanto el régimen funcionarial como el laboral.

69. Art. 2.1, se establece el ámbito de aplicación de este Estatuto Básico del Empleado Público, donde se refleja que será también de aplicación a los servidores públicos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades Autónomas.

70. Ley de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, (LAN 1985/3189). En su capítulo III denominado “Estructura de la Función Pública de la Junta de Andalucía”, se establece en su art. 12, modificado por la Disposición Adicional 11.1 de la Ley 3/1991, de 28 de Diciembre, Presupuestos de la Comunidad Autónoma, (LAN 1991/336), el sistema de empleo público para la Junta de Andalucía así como para sus Organismos Autónomos. El criterio resumido es el régimen funcionarial como ordinario y el régimen laboral como extraordinario.

- Sistema de empleo público de la Corporaciones Locales. Regulado por la Ley 7/2007⁷², de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley 7/1985⁷³, de 2 de Abril de Bases del Régimen Local.
- Personal con legislación específica propia en materia de empleo público. A estos empleados públicos sólo se les aplicará directamente la Ley 7/2007⁷⁴, del Estatuto Básico del Empleado Público cuando así lo disponga su legislación específica.

72. En el art. 2.1 de esta Ley 7/2007 se encuentra la regulación del ámbito de aplicación de la misma. En el se encuentran incluidas a las Administraciones de las Entidades Locales.

73. En su art. 89 se establece lo siguiente:

“El personal al servicio de las Entidades Locales estará integrado por funcionarios carrera, contratados en Régimen de Derecho Laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza y asesoramiento especial”.

74. Art. 4 de esta Ley 7/2007.

De toda esta normativa sobre el sistema de empleo público en España, se puede afirmar que la pretensión del legislador⁷⁵ es que de forma ordinaria los puestos de trabajo de la Administración deben ser desempeñados por funcionarios públicos, y por tanto, sujetos al régimen administrativo⁷⁶. Y sólo excepcionalmente, se admite que determinados puestos de trabajo en la Administración se lleven a cabo por personal laboral⁷⁷, sujetos al Derecho del Trabajo. Estos empleados públicos en régimen laboral deberán ser contratados laboralmente⁷⁸ y por tanto, sometidos a la legislación laboral.

75. Art. 9.2 de la Ley 7/2007, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público:

“En todo caso el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos en que la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

76. STC 99/1987 (RTC 1987/99), cuando afirma que la Constitución ha llevado a cabo una opción genérica a favor del régimen estatutario de los funcionarios públicos, de tal manera que el personal que sirva a las Administraciones Públicas debe ser funcionario y únicamente por Ley podrá exceptuarse este tipo.

77. Art. 11.2 de la Ley 7/2007, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público:

“Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el art. 9.2”.

78. Art. 11.1 de la Ley 7/2007, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público:

“Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Aunque también podemos encontrarnos, separadamente del régimen funcionarial y laboral en las Administraciones Públicas, con contrataciones administrativas con personas físicas⁷⁹, con un régimen muy similar al laboral. De hecho, con cierta frecuencia se incurre, por parte de la Administración, en contrataciones administrativas en fraude de ley encubriendo unas claras relaciones laborales.

Una manera de evitar este fraude de ley contractual en la Administración, sería prohibiendo la contratación administrativa con personas físicas, en la que sólo fuera factible efectuarla con personas jurídicas, incluidas las ETTs, con lo que laboralizaríamos estas prácticas.

79. No así cuando se trata de personas jurídicas. En este caso, el personal que desempeñe las tareas en la empresa contratista, estará sujeto al régimen laboral y no al administrativo. Eso sí, la empresa contratista y la Administración estarán enlazadas por un contrato administrativo.

En la actualidad, se ha suprimido el artículo 197.4 de la Ley 13/1995 (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), que recogía la posibilidad de contratar a personas mediante régimen administrativo para trabajos específicos y no habituales. Ello ha sido operado por la Ley 53/1999, de 28 de Diciembre. Dicha supresión se ha mantenido en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDLeg 2/2000, de 16 de Junio. Por tanto, ante trabajos específicos y no habituales (actividades de trabajo en si misma) sólo es posible la contratación laboral. Tan sólo será posible la contratación administrativa con personas físicas para contratos de “consultoría y asistencia y servicios⁸⁰”, y dentro de éstos, cuando el objeto del contrato tenga “una finalidad o resultado perseguido⁸¹”, producto de la actividad humana delimitada. Es decir, su objeto no

80. En el RDLeg 2/2000 de Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, se establece lo siguiente:

En su art. 5.2, se regula que son contratos administrativos los de “consultoría y asistencia o de servicios”.

Por su parte, en el art. 196, se regula el contrato administrativo con personas físicas de posible confusión con el contrato de trabajo:

Se establece que los contratos de consultoría y asistencia y los servicios que celebre la Administración se regirán por la presente Ley, es decir, el régimen administrativo.

Se establecen las actividades objeto de los contratos de consultoría y asistencia.

También se regulan las actividades objeto de los contratos de servicios.

Por último, se establece que no podrán celebrarse contratos de servicios con ETT, salvo para la realización de encuestas, toma de datos y otros servicios análogos, y sólo cuando se precise la puesta a disposición de la Administración de personal con carácter eventual.

81. STS en u.d. de 23 de Marzo de 2006, (RJ 2006/5256).

es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, y una actividad dependiente de su resultado final. Esta prohibición en régimen administrativo para trabajos específicos y no habituales ha servido para delimitar mejor la frontera con el régimen laboral, ya que en muchas ocasiones se contrataba por parte de la Administración, mediante contratación administrativa, cuando se encubría una clara relación laboral.

Aunque entiendo que debería suprimirse cualquier contratación administrativa con personas físicas, es decir, que la contratación administrativa fuera sólo factible a través de personas jurídicas, incluidas las ETTs. Se pretende con esta medida, laboralizar la contratación administrativa, para evitar fraude de ley contractual, ya que a la Administración Pública como empleadora, este tipo de contratación fraudulenta le supone una gran ventaja, al contar con trabajadores a su servicio pero con un régimen jurídico mucho más flexible que el laboral.

Resumiendo se puede decir que en la Administración Pública podemos encontrarnos con los siguientes empleados públicos:

Funcionarios públicos. Sujetos al régimen administrativo. Es el régimen ordinario de empleo de las Administraciones Públicas. Se pueden distinguir:

- **Funcionarios de carrera.**
- **Funcionarios de empleo:**

1. Interinos (nombrados por razones de necesidad y urgencia).
2. Eventual (personal de confianza o asesoramiento especial).

Trabajadores públicos. Sujetos al régimen laboral. Es un régimen extraordinario de empleo en las Administraciones Públicas. Modalidades de contratación laboral:

- Indefinido.
- Indefinido no fijo (figura jurisprudencial).
- Temporal.

Empleados públicos con contratación administrativa. Este tipo de régimen ha quedado exclusivamente para los contratos de asistencia y consultoría y servicios. Tienen por objeto o finalidad contractual un resultado perseguido, producto de la actividad humana. Es como una especie de contrato de “arrendamiento de obras”, en el que se incluye no sólo las obras físicas sino también las obras del resultado de una actividad intelectual.

Una vez hecha esta introducción, en la que se señala que la Administración puede ejercer como empleadora laboralmente, es decir, que nada impide a las Administraciones Públicas poder contratar en régimen laboral⁸² a empleados públicos, nos adentraremos

82. Art. 11.2 de la Ley 7/2007, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establece:

“Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el art. 9.2”.

en el comportamiento de la Administración con la contratación temporal estructural, concretamente con el contrato por “obra o servicio determinado” y el contrato “eventual por circunstancias de la producción”.

Cuando las Administraciones Públicas actúan como empleadores y contratan laboralmente a sus empleados públicos, también puede incurrir en actuaciones incumplidoras en materia de contratación laboral temporal⁸³, bien por fraude de ley o ilegalidad contractual.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual temporal por las Administraciones Públicas, son distintas a las de las empresas privadas.

Ello es debido a la colisión de derechos, de una parte el derecho a la estabilidad en el empleo, consagrado a través de una contratación temporal causal, y por la otra, el acceso de los ciudadanos a los empleos públicos en condiciones de igualdad, a través de los principios de publicidad, mérito y capacidad⁸⁴.

En la Administración Pública el acceso de todo el personal se encuentra sujeto a las exigencias que se derivan de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE mientras que el empresario privado, con el único límite de la no discriminación, puede elegir a aquel candidato que libremente prefiera contratar.

83. Art. 15 ET y arts. 2, 3, 4 y 9 del RD 2720/1998.

84. Arts. 23.2 y 103.3 de la CE.

Por lo que estamos ante un conflicto por el choque de intereses, por un lado tenemos el interés colectivo representado por la Administración empleadora y por otro, el interés privado del trabajador.

Así cuando cualquier Administración contrata en nuestro país, laboralmente de forma indefinida o fija⁸⁵, éstos empleados públicos deben cumplir con los requisitos de publicidad, mérito y capacidad, para acceder a desempeñar funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos que potencialmente también tendrían derecho. Es decir, el proceso de selección de los recursos humanos de la Administración para contratar laboralmente de forma fija ha de ajustarse a los citados principios constitucionales al igual que en el régimen de funcionarios públicos.

Lo mismo debería ocurrir, cuando la Administración contrata laboralmente en la modalidad temporal. Los requisitos en los procesos de selección de personal deberían ser los mismos que el caso de de los fijos o indefinidos, aunque se trate de naturaleza distinta en ambas

85. Art. 55 de la Ley 7/2007, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establece los principios rectores para el acceso al empleo público, en base a los principios constituciones de igualdad, mérito, capacidad, así como los siguientes:

- Publicidad de las convocatorias y sus bases.
- Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- Independencia y discrecionalidad técnica de la actuación de los órganos de selección.
- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Por su parte, el art. 61.7 de la Ley 7/2007, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establece que el sistema selectivo para la selección de empleados públicos en régimen laboral con contratación indefinida o fija serán los de oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos.

modalidades contractuales. Por ello, se ha de cumplir en cualquiera de los procesos selectivos con los principios constitucionales de acceso a cualquier empleo público por parte de los ciudadanos.

Sin embargo, aunque en ambos procesos selectivos, es decir, tanto en los procesos selectivos para la contratación laboral indefinida como en los procesos selectivos para la contratación temporal, se cumplan con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, nunca se tratará de procesos selectivos idénticos, ya que ambos tienen finalidades contractuales distintas. De ahí que sea más precisa la comparación de ambos procesos selectivos como “semejantes⁸⁶”, y no como idénticos, porque ambos difieren meridianamente.

Una vez seleccionado al candidato de acuerdo con los principios constitucionales por la Administración Pública, se entrará en la parcela de la contratación laboral. En nuestro caso hablamos de la modalidad contractual temporal.

En esta faceta, se requerirá por parte de la Administración empleadora, observar la legislación laboral en materia de contratación temporal, por lo que no podrán desempeñarse actividades permanentes con esta modalidad contractual, al igual que ocurre con las empresas privadas. Es decir, cuando la Administración se convierte en empleadora, tiene que cumplir con la normativa laboral como si se tratase de una empresa privada, en base al principio de legalidad⁸⁷.

86. STSJ de Navarra de 30 de marzo de 2001 (AS 2001/1478), en este sentido razona: “si bien los principios de publicidad, mérito y capacidad se respetaron en la convocatoria, la misma se efectuó para cubrir una plaza temporal, no indefinidamente, limitándose las expectativas de otros posibles candidatos que hubiesen concurrido de haber optado a una plaza fija”.

Aunque ese cumplimiento normativo contractual laboral, se encuentra matizado, porque se inserta en el ámbito de una Administración Pública. Esa modalidad deviene por el choque de intereses entre el beneficio privado del trabajador a la estabilidad en el empleo y por el otro, la utilidad de la Administración a regirse por los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en los procesos selectivos de recursos humanos para el acceso a la función pública. Por lo que el incumplimiento sustancial en materia de contratación laboral temporal por parte de la Administración, no provoca, los mismos efectos que produciría en una empresa privada. Así cuando una Administración contrata temporalmente de forma fraudulenta o ilegal sustancial, el contrato temporal no se convierte en indefinido, como si sucedería si se tratara de un empleador privado.

El TS para conciliar el choque de intereses que comentábamos anteriormente, creó la figura jurisprudencial denominada “indefinido no fijo⁸⁸”. Esta figura jurídica es como una especie de contrato temporal de interinidad por vacante. En la que el trabajador acogido a la misma por sentencia judicial desempeñará el puesto de trabajo, hasta que el mismo se cubra reglamentariamente por la Administración Pública. Una vez se efectuó la cobertura del mismo por los cauces reglamentarios, al trabajador “indefinido no fijo”, se le extinguirá su contrato de trabajo sin tener derecho a indemnización alguna.

87. Art. 9.1 de la CE: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

88. El STS en u.d. de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7492), en el Fundamento de Derecho Segundo, estableció que “la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario”, e introdujo, sin llegar a explicarlo, un nuevo concepto: el del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

Posteriormente el TS en Sala General dictó dos sentencias⁸⁹ en las que continuó reiterando su tesis doctrinal, con respecto a la figura del “indefinido no fijo”. En ellas también diferenció⁹⁰ al trabajador de la Administración con contratación “indefinida o fija” y al “indefinido no fijo”.

Sin embargo esta doctrina jurisprudencial, en ambas sentencias comentadas tuvo un voto particular⁹¹ que comparto jurídicamente, porque desde mi punto de vista, no tiene amparo legal la figura del “indefinido no fijo”. El alto Tribunal rebasa con ello, el terreno de la interpretación normativa y se adentra claramente en la parcela de la creación legislativa.

89. STS en u.d. de 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998 (RJ 1998/1000, y RJ 1998/1138).

90. Se distingue el carácter por un lado de “fijo” y por otro el “indefinido” en el contrato de trabajo. Así para el TS, trabajador de la Administración con contratación fija es aquel que ha superado el proceso de selección a que ha sido sometido con el resto de los aspirantes, mediante los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. En cambio, el trabajador de la Administración con contratación indefinida no fija, es aquel que no tiene en su contrato una fecha de terminación o extinción, sin que por ello comorte el carácter de fijo.

91. El magistrado entiende que según las disposiciones legales del Estatuto de los Trabajadores es sinónimo “trabajador fijo” que “trabajador indefinido” y concluye que no es posible aceptar tal divergencia entre los dos conceptos, ya que dichos términos expresan lo mismo.

En el mismo sentido del magistrado, se puede afirmar sin llegar a equivocarnos, que el término de fijeza contractual, signifique con ello que un trabajador con la citada contratación laboral va a ser fijo en la empresa en el sentido estricto del término, ya que la vigencia del contrato atraviesa por una serie de vicisitudes que hace que el concepto de fijeza se debilite por un concepto más atemperado, como puede ser el “indefinido”. Pensemos por ejemplo en el período de prueba de un contrato fijo. De ahí que desde mi punto de vista, sea más acertado por el legislador, el término de “indefinido” que el de “fijo” en materia contractual, aunque ambos conceptos signifiquen lo mismo jurídicamente.

De ahí, que hubiera sido más acertado jurídicamente, calificar los incumplimientos sustanciales en la contratación temporal por la Administración, simplemente, como trabajadores indefinidos⁹², aunque evidentemente con el matiz que se ha comentado anteriormente de tratarse de trabajadores cuyo empleador es una Administración Pública.

Esa diferencia con una empleadora privada, estaría en que el contrato de trabajo indefinido, se podría extinguir de manera objetiva⁹³, cuando la Administración, cubriera el puesto de trabajo por los cauces reglamentarios, conciliando con ello el acceso a la función pública a través de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad de los ciudadanos y a la vez cumpliendo la normativa laboral con el rigor necesario, sin tener que entrar en parcelas propias del legislador por parte de la justicia para su solución.

Esta extinción objetiva del trabajador indefinido por actuación irregular o fraudulenta por parte de la Administración en la contratación temporal, cuando se cubriera la plaza legal y reglamentariamente por ésta, tendría cabida a través del art. 52.c⁹⁵ del ET.

La indemnización también actuaría como sanción para la Administración por su falta cometida por la contratación temporal sustancial irregular, la cual tendría como finalidad una mejor observancia de la normativa contractual temporal por parte de la Administración empleadora. Y todo ello, también contribuiría a hacer menos tolerante el incumplimiento

92. Como así lo establece la normativa laboral.

93. De esta manera el trabajador a su extinción objetiva tendría derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, como establece el art. 53.1.b del ET.

contractual temporal por parte de las empresas privadas, que verían en la Administración, un ejemplo a seguir por cumplimiento riguroso de la normativa contractual.

También los trabajadores contratados temporalmente en ilegalidad sustancial o por fraude de ley, tendrían más incentivos para reclamar dichos incumplimientos contractuales judicialmente, debido a la indemnización por extinción objetiva de sus contratos laborales, a la que actualmente la Jurisprudencia no lo reconoce.

El efecto que la citada tesis del alto Tribunal provoca en estos trabajadores “indefinido no fijos” es paradójica. Así el trabajador que es contratado laboralmente por la Administración Pública de forma temporal por “obra o servicio determinado” o “eventual por circunstancias de la producción”, en condiciones de irregularidad sustancial no le interesará reclamar el incumplimiento contractual temporal, basándose en el derecho fundamental a acudir a la justicia. La razón estaría en que perdería a la extinción de su contrato temporal, la indemnización legal de 10⁹⁶ días de salario por año de servicio, ya que si la justicia social apreciara irregularidad sustancial en el contrato, se convertiría en trabajador “indefinido no fijo”, sin derecho a indemnización por la

95. “Por causas organizativas, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa (Administración), a través de una mejor organización de los recursos”. Se supone que la persona que supere el proceso de selección reglamentario para acceder a la función pública mediante contratación laboral fija, va a estar mejor preparado que el que fue contratado temporalmente, donde el proceso selectivo es menos exigente y además se compite con menos candidatos por el menor interés de la ciudadanía con la oferta de puestos de trabajos temporales que cuando se trata de plazas estables. Por lo que se supone que la Administración con empleados fijos podrá enfrentarse a sus necesidades de funcionamiento, mejor que con trabajadores temporales, consiguiendo con ello, una mejor organización de los recursos humanos.

extinción de su contrato laboral como consecuencia del cubrimiento de la plaza por el cauce reglamentario.

Aunque, en sentido contrario, y desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo, se vería beneficiado, si reclamara judicialmente dicha irregularidad sustancial en el contrato, y la justicia así lo interpretara, ya que con ello podría seguir trabajando con la calificación de trabajador “indefinido no fijo”, hasta que la Administración cubriera la plaza por las cauces reglamentarios, aunque eso sí, a la extinción contractual no tendría derecho a indemnización alguna.

96. Para el año 2013 se fija una indemnización por finalización contractual de 10 días de salario por año de servicio.

Las Administraciones Públicas para el desempeño de determinadas actividades⁹⁷ también pueden acudir al servicio interpositor que proporcionan las ETTs, con el propósito de proveerse de los recursos humanos necesarios, mediante el contrato de puesta a disposición entre ambas. La cesión de trabajadores de las ETTs a las Administraciones Públicas tendrá que desarrollarse legalmente, al igual que ocurre con las empresas privadas, es decir, el contrato de puesta a disposición tendrá que tener causa lícita de cesión de mano de obra temporal.

Según la doctrina⁹⁸ del TS, cuando el contrato de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria (Administración Pública) es ilícito, por incumplimiento de los arts. 6 y 8 LETT, estaremos ante una cesión ilegal de trabajadores, con las consecuencias previstas en el art. 43 ET.

97. En el art. 196.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se establece:

La prohibición de recurrir a las ETTs por parte de las Administraciones Públicas para celebrar “contratos de servicios”, salvo aquellos contratos de servicios que tengan por objeto la realización de encuestas, toma de datos u otros servicios análogos, y sólo cuando se precise la puesta a disposición de la Administración de personal con carácter eventual.

98. STS en u.d. de 4 de Julio de 2006, (RJ 2006/6419) y STS en u.d. de 28 de Septiembre de 2006 (Rec. 2691/2005).

Las consecuencias por hacer un uso indebido del contrato de puesta a disposición entre la ETT y la Administración Pública, pueden ser, según se encuentre el contrato de trabajo en vigor o no, las siguientes:

- Durante la vigencia del contrato de trabajo: Ante una denuncia del trabajador por cesión ilegal objetiva de mano de obra, durante la vigencia del contrato de trabajo y puesta a disposición, este podrá reclamar solidariamente tanto a la ETT como a la Administración Pública, las obligaciones contraídas en materia laboral en sentido amplio y de Seguridad Social⁹⁹, y además podrá reclamar su fijeza tanto en la ETT como en la Administración Pública¹⁰⁰, a su elección.

- Cuando el contrato de trabajo se haya extinguido. Por su parte, cuando el contrato de trabajo se haya extinguido por despido improcedente por ilegalidad en la contratación laboral temporal, ello provoca también ilicitud en el contrato de puesta a disposición entre la ETT y la Administración Pública, con lo cual llegaríamos ante una cesión ilegal de mano de obra. El trabajador podrá reclamar solidariamente a las dos empresas las obligaciones contraídas en materia laboral (tanto las partidas salariales como indemnizatorias) del despido improcedente. Y este caso, no podrá reclamar fijeza contractual alguna, porque ello ahora no es factible.

99. El actual art. 43.3 ET.

100. El actual art. 43.4 ET.

Pero en el primer caso, es decir, cuando el trabajador reclama la cesión ilegal de mano de obra con el contrato de trabajo en vigor, al ser la empresa usuaria una Administración Pública, las consecuencias para el trabajador cedido son distintas que en el caso de la empresa privada. Así como señalábamos anteriormente en la utilización indebida del contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria (empresa privada), estaríamos ante “prestamismo laboral ilegal objetivo”, al que hay que aplicar el nuevo artículo 43.4 del ET. Con la aplicación dicho precepto el trabajador cedido ilegalmente, se convertiría en personal fijo a su elección en la empresa de trabajo temporal o bien en la empresa usuaria. Todo en respuesta repulsiva del ordenamiento jurídico ante la ilicitud contractual laboral en dicha relación triangular.

Pero en este caso al tratarse la empresa usuaria de una Administración Pública, el trabajador si hiciese la elección por ésta, se convertiría en trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”¹⁰¹, en lugar de indefinido o fijo de plantilla.

Es un concepto que no ha sido normado por el legislador sino creado por la Jurisprudencia, como hemos tenido la oportunidad de analizar anteriormente, y donde pudimos indicar que su razonamiento jurídico se debe a la colisión de derechos, de una parte el derecho a la estabilidad en el empleo, consagrado a través de una contratación temporal causal, y por la otra, el acceso de los ciudadanos a los empleos públicos en condiciones de igualdad, a través de los principios de publicidad, mérito y capacidad (art. 103.3 de la CE).

101. STS en u.d. de 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998 (RJ 1998/1000, y RJ 1998/1138).

Debido a ello, al trabajador que reclame judicialmente por haber sido cedido ilegalmente por una empresa de trabajo temporal a una Administración Pública, por indebida utilización del contrato de puesta a disposición, le será más interesante desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo, convertir su contrato de trabajo en indefinido con la ETT que con la Administración Pública, porque el contrato laboral con esta última se convertiría en un contrato “indefinido no fijo”, que es una especie de contrato temporal (interinidad por vacante) que no lleva además aparejado ninguna indemnización a su extinción, como se pudo analizar anteriormente.

4.5 La indebida utilización de los contratos de puesta a disposición entre las E.T.T.s y las empresa usuarias

Mediante la Ley de Empresas de Trabajo Temporal¹⁰², se introduce en nuestro ordenamiento jurídico laboral el sistema de contratación laboral indirecta, por medio de un tercero ajeno a las partes propias del contrato de trabajo, como son el empresario y el trabajador. Esta figura intermediaria, denominada “empresa de trabajo temporal”, se convierte en una empresa traficante de mano de obra, siendo lícita¹⁰³ su actuación.

Mediante esta figura intermediaria el legislador pretendía conseguir los siguientes objetivos:

1. Crear en nuestro país una normativa análoga con la de la Unión Europea, haciéndola más flexible en su contratación laboral.

102. En adelante LETT. Art. 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. (B.O.E. de 2 de junio de 1994). “Se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”.

103. Art. 43.1 del ET. “La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”.

2. Dar respuesta legal al fenómeno denominado “descentralización productiva”, haciendo posible que este modelo también se extrapolara directamente y de forma lícita a la mano de obra.

3. Eliminar del mercado de trabajo el tráfico prohibido de mano de obra. Es decir, se busca canalizar ese tráfico de mano de obra a través de las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. A través de la figura jurídica de la empresa de trabajo temporal se forma, una relación a tres bandas, con los siguientes vínculos:

- Entre la empresa de trabajo temporal y trabajador se establece una relación laboral¹⁰⁴, mediante el contrato de trabajo entre ambas partes.
- Entre la ETT y la empresa usuaria¹⁰⁵, se establece una relación mercantil, mediante el “contrato de puesta a disposición”.
- Entre la Empresa usuaria y el trabajador, una prestación de servicios laborales por parte del trabajador, que es calificada como relación laboral, aunque particular¹⁰⁶. Y este es el verdadero sentido

104. Art. 10.1 de la LETT. “El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición”.

105. Art. 6.1 de la LETT. “El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél”.

106. En el sentido en que la empresa usuaria es el empresario del trabajador a nivel de prestación de servicios laborales en su seno. Como ejemplos, tiene facultades laborales sobre el trabajador en la dirección y organización del trabajo diario, en materia de seguridad y salud laboral. Aunque por ejemplo, no tiene la obligación de retribuir, ni poder disciplinario, etc. Es por así decirlo una relación laboral atípica, la que se establece entre la empresa usuaria y el trabajador.

de esta relación triangular. Consiste en eximir de casi todas las responsabilidades laborales por la prestación del trabajo a la empresa usuaria, interponiendo con ello, a la empresa de trabajo temporal entre la figura del trabajador y la empresa usuaria.

Según el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, la ETT solamente podrá ceder trabajadores a la empresa usuaria para que éstos desempeñen trabajos no permanentes o temporales en la misma, es decir, únicamente se podrán cubrir aquellos puestos de trabajos que se puedan llevar a cabo mediante la contratación temporal estructural¹⁰⁷ en la empresa usuaria, ya que de lo contrario, estaríamos ante una clara “cesión ilegal de trabajadores”.

107. El artículo 6.2 de la LETT establece lo siguiente: “Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”.

Sin embargo, la Justicia Social hasta el año 2006 no interpretaba la cesión de trabajadores por ETT para cubrir necesidades permanentes en la empresa usuaria como cesión ilegal de trabajadores. De esta manera estuvimos desde el año 1994, fecha de la entrada en vigor de la Ley 14/1994, hasta el año 2006, fecha en la que se pronuncia el Tribunal Supremo¹⁰⁸ sentando doctrina sobre esta materia, donde las ETT podían actuar prácticamente a su libre albedrío.

La doctrina judicial con esta posición jurídica incentivaba nítidamente la especulación de mano de obra, mediante terceros autorizados por la Administración Laboral, es decir, también se beneficiaba a las empresas de trabajo temporal, creándoles un mercado mucho más amplio en el que operar, ya que así podían actuar no sólo cubriendo las necesidades extraordinarias de mano de obra en las empresas usuarias, sino también, las ordinarias o permanentes.

108. STS en u.d. de 4 de Julio de 2006, (RJ 2006/6419) y STS en u.d. de 28 de Septiembre de 2006 (Rec. 2691/2005).

Hasta la publicación de esta sentencia, la mayoría de la doctrina judicial interpretaba la “cesión ilegal de trabajadores”, desde un ámbito subjetivo, es decir, serían tráfico prohibido de mano de obra, aquellas cesiones de trabajadores que no se llevaran a cabo por ETTs o por éstas sin la debida autorización administrativa.

En cambio, no apreciaban cesión ilegal de trabajadores cuando éstos eran contratados por incumplimiento laboral en el contrato de puesta a disposición por una ETT, y cedidos en esas circunstancias ilegales a la empresa usuaria, es decir, cedidos para prestar servicios en la empresa usuaria en actividades permanentes.

Desde luego la jurisprudencia del Tribunal Supremo es bienvenida pero llega muy tarde, es decir, han transcurrido doce años, desde la aprobación legal del papel interpositor de las ETTs hasta la doctrina del alto Tribunal. Se ha permitido con ello, mucha ilegalidad en la contratación temporal en nuestro país a través de las ETTs, al convertirse éstas en verdaderos vehículos metódicos para el incumplimiento contractual temporal que sospecho por los datos que arrojan las estadísticas en materia de contratación, que todavía se sigue cediendo mano de obra en condiciones ilegales, es decir, para cubrir necesidades permanentes en las empresas usuarias.

Aproximadamente, una sexta parte de los contratos temporales estructurales que se conciertan en nuestro país se realizan a través de ETTs. Así en el Julio de 2012¹⁰⁹ la tasa de penetración de las ETTs en el mercado laboral fue algo más del 15 % del total de la contratación temporal estructural. En números supone una cifra alta, ya que la tasa de temporalidad en nuestro país es la más alta de la Unión Europea, como tuvimos ocasión de analizar. Además esta tasa de penetración no ha disminuido con la sentencia del TS, sino que prácticamente se ha mantenido¹¹⁰. Con ello se puede presumir que parte de los “contratos de puesta a disposición” no se ajustan a derecho, ya que mediante los mismos se están desempeñando actividades permanentes por los trabajadores en las empresas usuarias.

109. Según un informe de la AGETT, publicado en ABC.es, sección “Economía” el 20/07/2012.

110. En 2006, según informe de la AGETT, la tasa de penetración era del 16%.

4.5 La contratación temporal estructural sucesiva o en cadena.

Es característica del ordenamiento jurídico laboral español, la ausencia de un tipo de contrato temporal genérico provisto de un régimen legal unitario¹¹¹, existiendo en cambio diversos tipos de contratos temporales con su normativa específica como hemos tenido oportunidad de analizar. Pudiendo distinguirse los contratos estructurales (obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción e interinidad), los formativos (prácticas y formación), y los coyunturales (fomento del empleo para discapacitados, relevo y sustitución de trabajadores jubilados anticipadamente a los 64 años).

La sucesión en el tiempo de contratos de trabajo es posible y en principio lícita, si cada uno de los contratos concertados respeta el ordenamiento en vigor, es decir, que los contratos temporales estén basados en una causa objetiva que los legitime.

El problema lo tenemos ante una contratación laboral temporal en cadena que enmascara una relación por tiempo indefinida. Esta sucesión concatenada de contratos temporales, puede tener dos consecuencias jurídicas:

111. DE LA VILLA GIL, L.E., “La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad”, publicado en la revista “Cuestiones de Derecho Laboral”, pags. 125 a 143.

-Fraude de ley contractual (art. 15.3 del E.T.). Se trata de contratación temporal encadenada sin causa justificativa pero que no supera el tope temporal establecido por el legislador.

-Ilegalidad contractual. En este caso estamos ante una contratación temporal sucesiva con causa justificativa de los contratos que forman la cadena contractual, pero que supera el tope temporal establecido en la ley. Este tope temporal según el artículo 15.5¹¹² del Estatuto de los Trabajadores dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales¹¹³, sea

112. Este tope temporal para combatir la contratación temporal sucesiva ha quedado suspendido temporalmente según el artículo 17 de la Ley 3/2012 al establecer:

1. Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2012, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas.»

113. No se aplica a la modalidad contractual de “interinidad”.

directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”.

En relación al “fraude de ley”, la jurisprudencia¹¹⁴ interpreta que en el caso de contrataciones temporales sucesivas el examen de los contratos no debe limitarse sólo al último de ellos, ya que la relación laboral deviene en indefinida cuando cualquiera de los contratos temporales carece de causa objetiva que los legitime.

La declaración de fraude de ley en cualquiera de los contratos analizados determina la existencia de relación laboral indefinida a partir del mismo, por lo que el resto de la cadena carecería de valor jurídico alguno.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial afirma, que una breve interrupción de los eslabones que componen la cadena contractual

114. STS en u.d. de 22 de Abril de 2002 (RJ 2002/7796). En su Fundamento de Derecho Segundo.1, recoge lo interpretado por la STS de 20 de Febrero de 1997:

“Un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su propia regulación, con carácter necesario, constituye una relación indefinida. Carácter que no pierde por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales, sobre todo cuando la interrupción no alcanza el período de veinte días, en que el trabajador pudo reclamar el despido. ... En suma, la irregularidad padecida por un contrato temporal que inicia la serie de los concertados entre la empresa y el trabajador produce la indefinición del contrato, desde su origen, con la consecuencia natural de nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad y de considerar tiempo de servicio, del art. 56.1.b) ET, a efectos indemnizatorios, todo el período trabajado”.

no la rompen, en cambio, si la interrupción es superior a veinte días hábiles en que el trabajador puede ejercitar la acción de despido, la unidad de la relación laboral si se rompería.

Por consiguiente, la regla general adoptada por la doctrina del Supremo en el control judicial de los contratos temporales encadenados, establece que, solamente es posible el examen de los contratos posteriores a una interrupción de la prestación de servicios superior a 20 días hábiles, siendo irrelevantes las interrupciones de inferior duración.

Aunque de forma extraordinaria, sería posible el examen de toda la serie contractual¹¹⁵, aún con interrupciones superiores al citado plazo, en supuestos singulares y excepcionales en que se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral.

115. STS en u.d. de 29 de Mayo de 1997 (RJ 1997/4471). Esta sentencia recoge en su Fundamento de Derecho Tercero, lo interpretado por la STS en u.d. de 29 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2218):

El hecho que hubieran mediado más de 20 días hábiles entre la finalización del último contrato eventual y la suscripción e iniciación del contrato de fomento de empleo, tiene carácter irrelevante, cuando existe una evidente unidad laboral.

Sin embargo, la Directiva 1999/70/CE (LCEur 1999/1692), va mucho más allá del criterio del Alto Tribunal, así en su cláusula núm. 5, tiene como objetivo prevenir y sancionar con efectividad la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos. En ese sentido se pronuncia el TJCE¹¹⁶, de 4 de Julio de 2006, Adelener y otros, C-212/04, (TJCE 2006/181).

El profesor Senra Biedma opina que la jurisprudencia del TS ya no es válida¹¹⁷, es decir, que hay que tener en cuenta toda la secuencia de la cadena contractual, independientemente de las interrupciones que pudiera haber entre sus eslabones.

116. Esta sentencia es muy clarificadora y a la vez contundente, cuando afirma en los apartados 86 a 88, lo siguiente:

“La disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos separados por un intervalo máximo de 20 días no sólo compromete el objeto, la finalidad y el efecto útil de dicha cláusula, sino que entraña el riesgo de permitir que los empresarios utilicen abusivamente este tipo de contratos, en tanto les bastaría dejar transcurrir ese intervalo para impedir automáticamente la transformación de una relación laboral más estable, sea cual sea el número de años durante los cuales se haya contratado al trabajador de que se trate para ocupar el mismo puesto de trabajo y con independencia de que dichos contratos cubran necesidades, no de duración limitada, sino por el contrario permanentes y duraderas”

117. El control del fraude de ley en la contratación temporal sucesiva y la Directiva 1999/70/CEE. Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2006, asunto C-212-04, caso Konstantinos Adelener y 17 más. Rafael Senra Biedma. Abogado y Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona señala lo siguiente: “Y siguiendo con el tema que nos interesa, la sanción del fraude a la ley en la contratación temporal sucesiva, la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario declara que:

· La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que considera que únicamente deben calificarse de «sucesivos» a efectos de dicha cláusula

Por otro lado, hay que señalar que ante supuestos de contratación sucesiva ilícita, las liquidaciones recibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones por las extinciones contractuales temporales sucesivas, no se descontarán¹¹⁸ del importe de la indemnización final por despido improcedente cuando la relación laboral sea declarada como indefinida, por el incumplimiento contractual del empresario en esta materia.

los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte días laborables.

· En el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva. Tras la exposición que se acaba de realizar ha de entenderse superada la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el alcance de la cadena de contratos temporales sucesivos a analizar en los supuestos de fraude a la ley en la contratación temporal y el consiguiente efecto de su transformación en indefinidos, pues no parece posible evitar la aplicación de la Directiva comunitaria y del acuerdo marco, “amnistiando” el eslabón o eslabones fraudulentos de la cadena con interrupciones temporales hasta el siguiente contrato”.

118. En este sentido, tenemos a la STS de 9 de Octubre de 2006 (RJ 2006/7187), en su Fundamento de Derecho Cuarto interpreta lo siguiente:

“Para que dos deudas sean compensables, es preciso, de conformidad con el art. 1196 del CC, que las dos estén vencidas, que sean líquidas y exigibles. Pues bien, en el caso de autos, las cantidades que se pretenden compensen parte del importe de la indemnización por despido fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de Ley, y por ello, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna”.

4.6 Cultura empresarial proclive a la utilización indebida de la contratación temporal estructural

Durante el período que va desde el año 1981 a 1996 el legislador llevó a cabo una política de empleo que se caracterizó por una filosofía basada en el “culto a la temporalidad¹¹⁹”. Tenía como objetivo fundamental, combatir el problema del paro creciente y existente en el mercado de trabajo español en aquella época, a través de la flexibilidad contractual laboral. Es decir, la política de empleo de este período, consistía básicamente, en introducir una normativa laboral menos rígida en materia de contratación laboral, que hiciese posible una mayor creación de empleo, y de esta forma reducir la tasa de paro.

119. ROJO TORRECILLA, E y CAMAS RODA, F. “¿El principio del fin? De la temporalidad a la estabilidad: ¿un viaje de ida y vuelta? Vol. V, parte de estudio pags. 775-792. Editorial Aranzadi Social, S.A., 1998.

Con esta corriente aparecen los dos primeros reglamentos¹²⁰, con base jurídica en el art. 15.1 d y 17.3 de la versión antigua del ET.

Con estas disposiciones reglamentarias se legitimó por parte del Gobierno de aquella época, la posibilidad de acudir, por parte de los empresarios, a la contratación temporal coyuntural de fomento del empleo. Lo cierto es que con ello, se habilitó sin apenas restricciones, este tipo de modalidad contractual temporal excepcional a todos los colectivos, ya que se podía utilizar la misma con cualquier trabajador desempleo inscrito en el INEM, actualmente SPEE. La única limitación¹²¹ establecida giraba en la imposición de unos topes máximos dependiendo de la plantilla fija de la empresa. Dichos topes máximos no se podían rebasar por contrataciones bajo esta modalidad temporal coyuntural. Con la citada regulación reglamentaria, el Gobierno activó la contratación temporal de fomento del empleo contemplada en el ET, versión antigua, y generalizó¹²² el ámbito subjetivo para su utilización. Ello supuso alterar de forma clara el principio de causalidad

120. RD 1363/1981, de 3 de Julio, BOE nº 165 de 11/7/1981, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo y RD 1445/1982, de 25 de Junio, BOE de 1/7/1982, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

121. Art. 5.1 del RD 1363/1981.

122. ALONSO OLEA, M. "Los principios generales de la contratación temporal", en AAVV., La contratación temporal, Madrid (Acarl) 1981, pags. 10-11. En este sentido este autor afirma que el contrato de fomento del empleo se generaliza a toda la población trabajadora:

"A todos los trabajadores que no tengan empleo, porque no lo hayan tenido o porque lo hayan perdido, es claro que esta norma excepcional, comprende absolutamente toda la población laboral".

en la contratación temporal, ya que el contrato temporal de fomento del empleo es un contrato de trabajo temporal acausal, y por lo tanto, carente de causa, en clara contrariedad con la contratación temporal estructural.

Con la entrada en vigor de la Ley 32/1984¹²³, de 2 de Agosto, se intensificó todavía más, el proceso flexibilizador de la normativa laboral contractual. En la exposición de motivos de esta norma se afirmaba que la razón central de esta Ley era adaptar el marco normativo existente en el mercado laboral a las nuevas circunstancias de la economía española, con el objetivo de aprovechar mejor la creación de empleo con el crecimiento económico.

Siguiendo con esta filosofía de política de empleo, aparece también el RD 1989/1984, de 17 de Octubre (BOE 29 de Noviembre), que desarrolló la contratación temporal como medida de fomento del empleo. Con este reglamento se eliminaron los topes máximos porcentuales para la utilización de la contratación de fomento del empleo en las empresas dependiendo de sus plantillas, manteniendo únicamente como restricción¹²⁴ para la utilización de esta modalidad contractual, la sustitución de trabajadores fijos por temporales y la prohibición de celebrar contratos temporales de fomento del empleo encadenados, bien con un mismo trabajador, bien con trabajadores sucesivos para el desempeño de un mismo puesto de trabajo. En sentido contrario, se estableció una de indemnización¹²⁵ de 12 días de salario por año de servicio a la expiración de los mismos, en cumplimiento del mandato ordenado por la Ley 32/1984.

123. BOE nº 186 de 4 de Agosto de 1984.

124. Art. 5 del Real Decreto 1989/1984.

Esta medida proporcionó un claro espaldarazo a la contratación temporal acausal, y por consiguiente, se fragmentó totalmente el principio jurídico de la causalidad, en el que se consideraba a la contratación por tiempo determinado como una modalidad contractual laboral extraordinaria, pasando a convertirse en un tipo de contratación laboral ordinaria o común en nuestro mercado de trabajo.

A pesar de la flexibilización contractual laboral operada en este período, no se conseguirían buenos datos estadísticos en cuanto a tasa de actividad¹²⁶, tasa de paro¹²⁷ y tasa de temporalidad¹²⁸. De ahí que comenzaba a cuestionarse la política de empleo llevada a cabo en nuestro mercado laboral, hasta entonces.

Sin embargo, este culto a la temporalidad por el legislador de aquella época todavía sigue anclado como cultura en las decisiones de los empleadores en materia de contratación laboral.

125. Art. 3.4 del Real Decreto 1989/1984.

126. En el año 1989 la tasa de actividad era del 50,72%. EPA del INE.

127. En el año 1989 la tasa de paro era del 16,88%. EPA del INE.

128. En el año 1989 la tasa de temporalidad era del 26,7% en el conjunto de la economía y del 30,7 % en el sector privado. EPA del INE.

Pienso que esta cultura se sigue alimentando desde foros especializados en esta materia pero sin un razonamiento consistente y fundamentado, por ello creo que tanto éstos foros de expertos como los propios asesores y responsables de recursos humanos tienen una labor muy importante para acabar definitivamente con una cultura de culto a la temporalidad que finalmente tiene como resultado, una contratación ilegal o fraudulenta y más costosa que la contratación indefinida ordinaria como tuvimos ocasión de analizar en este trabajo.

CONCLUSIONES

En un Estado de Derecho como es España, debemos cumplir con las normas que nos hemos dado, en este caso en materia de contratación laboral. Ello no significa que se esté en desacuerdo con la contratación temporal estructural, sino con aquella que no goza del principio de “causalidad” que la justificaría como legal.

Al mismo tiempo se ha podido demostrar en este trabajo como la contratación temporal estructural es más costosa que la indefinida en empresas de menos de 25 trabajadores e igualándose prácticamente con el resto de empresas.

Igualmente una política de recursos humanos moderna y coherente, donde se realice una planificación de las personas basada en la evaluación de los puestos de trabajo para de esta forma poder afrontar con profesionalidad las siguientes actividades: planificación de plantillas, reclutamiento y selección de personal, valoración de los puestos de trabajo, evaluaciones del rendimiento, elaboración de planes salariales, planes de carrera (promoción interna de los empleados), planificación y evaluación de la formación, diseño y rediseño de puestos de trabajo, elaboración de planes de prevención de riesgos laborales, relaciones laborales, debe realizarse en el medio o largo plazo como se puede extraer sin apenas dificultad con las actividades desarrolladas en ella, por lo que plantillas con excesiva temporalidad será muy difícil

llevar a cabo una política de recursos humanos eficaz y eficiente. Por último señalar que el legislador en las dos reformas laborales recientes se ha decantado a grosso modo en fomentar la contratación indefinida. Así la Ley 35/2010 ha penalizado las indemnizaciones por cese de la contratación temporal estructural pasando de 8 días a 12 días de salario por año de servicio para el año 2015. Y por su parte la Ley 3/2012 ha clarificado las causas para poder llevar a cabo una extinción objetiva en detrimento del despido ilegal que siempre es más costoso, respecto a la contratación indefinida, además de introducir flexibilidad a la hora de abordar las vicisitudes por las que puede atravesar cualquier relación laboral. En ambas reformas el legislador se ha dado cuenta que el problema de nuestro mercado de trabajo , no es crear empleo cuando hay crecimiento económico (se creaba intensamente), sino más bien, no destruir tanto empleo en épocas de recesión económica (la destrucción ha sido masiva y gran parte de culpa tiene el exceso de temporalidad de nuestro mercado de trabajo).

Estas serían razones de peso para que de una vez por todas se haga un uso adecuado de la modalidad contractual estructural en nuestro país y de esta manera alcanzar una tasa de temporalidad razonable y parecida a la de los países de nuestro entorno europeo.

129. Así en el Preámbulo I de la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo señala el legislador lo siguiente: "Unas debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales que, en último término, vienen a explicar la elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico que se ha venido poniendo de manifiesto en nuestro país, lo que hace que crezca mucho en las fases expansivas pero que se destruya con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis, y entre las que se encuentran las siguientes: un significativo peso de los trabajadores con contrato temporal (en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena), que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales".

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. “*Los principios generales de la contratación temporal*”, en AAVV., *La contratación temporal*, Madrid (Acarl) 1981, pags. 10-11.

SENRA BIEDMA, RAFAEL. “*El control del fraude de ley en la contratación temporal sucesiva y la Directiva 1999/70/CEE*”. Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2006, asunto C-212-04, caso Konstantinos Adeneler y 17 más. Rafael Senra Biedma.

CAMPS RUIZ, L.M. *La contratación laboral temporal*. Tirant Lo Blanch, Valencia 1995.

DE LA VILLA GIL, L.E., “*La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad*”, publicado en la revista “*Cuestiones de Derecho Laboral*”, pags. 125 a 143.

ROJO TORRECILLA, E y CAMAS RODA, F. *¿El principio del fin? De la temporalidad a la estabilidad: ¿un viaje de ida y vuelta? Vol. V*, parte de estudio pags. 775-792. Editorial Aranzadi Social, S.A., 1998.

Y en el mismo sentido se pronuncia también en el Preámbulo I de la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “Este ajuste ha sido especialmente grave para los trabajadores temporales. Mantenemos una tasa de temporalidad de casi el 25%, mucho más elevada que el resto de nuestros socios europeos. La temporalidad media en la UE27 es del 14%, 11 puntos inferior a la española”.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AGETT: Asociación de Grandes Empresas de Trabajo Temporal.

Art.: Artículo.

Arts. Artículos.

AS: Aranzadi Social.

AAVV: Autores Varios.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CGSC: Convenio General del Sector de la Construcción.

EPA: Encuesta de Población Activa.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

E.T.T.: Empresa de Trabajo Temporal.

E.T.T.s: Empresas de Trabajo Temporal.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

INEM: Instituto Nacional de Empleo.

LETT: Ley de Empresas de Trabajo Temporal.

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Nº: Número.

Núm.: Número.

Orden ESS: Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Pag./pags.: Página/páginas.

RCL: Repertorio de colección legislativa

Rec.: Recurso.

RD: Real Decreto.

RDLeg: Real Decreto Legislativo.

RD-Ley: Real Decreto Ley.

RJ: Repertorio Jurisprudencial.

RTC: Repertorio Tribunal Constitucional

SPPE: Servicio Público de Empleo Estatal.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

U.d.: Unificación de Doctrina.



CURRÍCULUM VITAE

José Jesús Galván Jurado

Nacido en Málaga, se graduó como **Graduado Social Diplomado** en la Universidad de Málaga, (1994-1997), destacando en disciplinas como “*Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo*” y “*Derecho Sindical*” donde fue calificado con matrícula de honor en ambas asignaturas.

Posteriormente obtuvo el título académico de **Licenciado en Ciencias del Trabajo** por la Universidad de La Rioja (2001-2005), obteniendo los dos itinerarios curriculares de la licenciatura: Dirección de Recursos Humanos y Acción Laboral y Sindical.

Entre 2005 y 2007 obtiene el **Diploma de Estudios Avanzados del Doctorado** (“**Suficiencia Investigadora**”) por el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia. Actualmente preparando una Tesis Doctoral.

CURRÍCULUM VITAE

José Jesús Galván Jurado

Otro de los campos en los que se ha especializado es el relacionado con la Seguridad y Salud Laboral. Es **Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales**, especialidades de Seguridad en el Trabajo (AJE, 1999), Higiene Industrial (AJE, 2000) y Ergonomía y Psicología Aplicada al Trabajo (Fremap y Colegio de Graduados Sociales de Málaga, 2001).

En el campo profesional posee una dilatada experiencia, habiendo trabajado en distintas ciudades del país, entre otras, en Bilbao, Valencia, Las Palmas y Málaga, realizando labores siempre relacionadas con los recursos humanos como: selección de personal, contratación laboral, plan de acogida, formación en el puesto de trabajo, evaluación del desempeño, vicisitudes de la relación laboral, extinciones laborales, nóminas y seguros sociales, evaluación de riesgos laborales, planificación de la actividad preventiva, investigación de incidentes y accidentes de trabajo, formación en materia de prevención de riesgos laborales, negociación colectiva, Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social, conciliaciones laborales ante el SMAC, etc.

En la actualidad, y desde Julio de 2011 se encuentra prestando servicios como asesor y

gestor laboral en el Bufete Fernández Burgos y Asociados de Málaga capital.

En Noviembre de 2012 consigue el primer premio del II Certamen de Jóvenes Laboralistas Malagueños fallado por la Asociación Profesional de la Magistratura y el Colegio de Graduados Sociales de Málaga y Melilla por la obra titulada *“la contratación laboral temporal estructural. Costes y razones para su abusiva utilización”*.

EPÍLOGO

La visión práctica del Derecho que los profesionales jurídicos aportan al trabajo científico gracias a su experiencia diaria, enriquece sin duda alguna la ciencia jurídica al permitir una interpretación más ajustada a la realidad de las distintas normas.

Desde esta perspectiva, la Asociación Profesional de la Magistratura siempre ha estado comprometida con todos aquellos proyectos tendentes a fomentar el estudio e investigación jurídicos con un eminente enfoque práctico que permita a los profesionales que operan en las distintas áreas del Derecho un mejor desarrollo de su actividad profesional.

En ese sentido, resulta una grata labor colaborar con el Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Málaga en actividades como la que aquí nos ocupa, destinada a apoyar la investigación y fomentar el desarrollo profesional de los jóvenes laboristas.

En unos convulsos tiempos de crisis económica como los presentes, el ordenamiento laboral, al igual que otros ámbitos del Derecho, ha visto como las sucesivas reformas han ido introduciendo importantes novedades que afectan a la propia esencia del Derecho del Trabajo, para dar así respuesta y solución a unas nuevas realidades muy distintas a las que conformaban al escenario en que esta disciplina jurídica se originó. Es por ello que se hace imprescindible auspiciar entre los profesionales noveles

todas aquellas actividades que redunden en una mejora de su formación en esta importantísima área del Derecho a la que se dedican.

Objetivo que sin duda alguna se ve colmado con esta nueva edición de los “Jóvenes Laboralistas Malagueños”, en la que un trabajo de acreditada solvencia científica e importantísima proyección práctica ha resultado galardonado; “La contratación laboral temporal estructural. Costes y razones para su abusiva utilización”.

Satisfechos pues por el resultado alcanzado y deseosos de seguir formando parte de este original proyecto de crecimiento científico y desarrollo formativo, invitamos a los lectores a que disfruten de esta obra que sin duda alguna colmará las expectativas más ambiciosas.

Francisco Ontiveros Rodríguez

Magistrado Juez de lo Penal nº8 de Málaga.

Delegado Provincial de la APM.

JÓVENES **LABORALISTAS** **MALAGUEÑOS** 2ª EDICIÓN

ÍNDICE

- 5 **PRÓLOGO**
Francisco Javier Vela Torres
- 11 **PRÓLOGO**
Andrés Cabezas Quero
- 15 **ACTA JURADO**
- 19 **PRIMER PREMIO**
José Jesús Galván Jurado
- 125 **CURRÍCULUM VITAE**
José Jesús Galván Jurado
- 129 **EPÍLOGO**
Francisco Ontiveros Rodríguez

“El Derecho del Trabajo se enfrenta a importantes desafíos como consecuencia de la persistencia del paro masivo, la irrupción de las nuevas tecnologías de la información, la renovación de las formas de organización industrial y la mundialización de la economía.”

Francisco Javier Vela Torres

Presidente de la Sala de lo Social en Málaga
del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

“Es por ello que se hace imprescindible auspiciar entre los profesionales noveles todas aquellas actividades que redunden en una mejora de su formación en esta importantísima área del Derecho a la que se dedican.”

Francisco Ontiveros Rodríguez

Magistrado Juez de lo Penal nº8 de Málaga.
Delegado Provincial de la APM.

“Obras como la premiada, que ahora se publica, son necesarias, pues constituyen valiosas aportaciones, y todas ellas nos van a ser necesarias, y desde todas las disciplinas, para superar los actuales momentos de extrema dificultad.”

Andrés Cabezas Quero

Director de la Escuela de Práctica Jurídico-Laboral
del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales
de Málaga y Melilla y responsable de formación.

Organiza:



Excmo. Colegio Oficial
de Graduados Sociales
de Málaga y Melilla



e espacio cultural
graduados sociales Málaga Melilla