

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2016. SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL *

Por

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

remedios.menendez@uah.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 45 (2017)

RESUMEN: Este Informe deja constancia de los cambios normativos más relevantes y de las tendencias judiciales más paradigmáticas del ordenamiento laboral en 2016. En él se observa el imparable dinamismo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España. El documento, consciente de tal mutabilidad, recoge una minuciosa selección de cuestiones esenciales, a juicio de las personas que abordan cada una de las materias, de las que son especialistas; los autores y las autoras, que forman parte de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se adscriben a los grupos temáticos por afinidad con sus principales líneas de investigación y su labor docente universitaria. En síntesis, en el Informe “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2016” se puede encontrar información muy útil para los profesionales del iuslaboralismo en materia de derechos fundamentales inespecíficos, contratación laboral y empleo, vicisitudes del contrato de trabajo, derechos colectivos, igualdad y corresponsabilidad, Seguridad Social o prevención de riesgos laborales. Este año se completa el Informe con un capítulo sobre Procesal.

* Han participado en la elaboración del presente Informe, Carmen AGUILAR MARTÍN, Diego ÁLVAREZ ALONSO (Coordinador de la sección “Derechos fundamentales inespecíficos”), HENAR ÁLVAREZ CUESTA, Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Rafael ÁLVAREZ GIMENO, Cristina ARAGÓN GÓMEZ, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Inmaculada BAVIERA PUIG, Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, María Angustias BENITO BENÍTEZ (Coordinadora de la sección de “Seguridad Social”), Esther CARRIZOSA PRIETO, David CARVALHO MARTINS (Coordinador de la sección “Derecho Procesal”), Vanessa CORDERO GORDILLO, Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Nerea EREÑAGA DE JESÚS, Maravillas ESPÍN SÁEZ, M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS, Pablo GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Anna GINNES I FABRELLAS, Enea ISPIZUA DORNA, Djamil Tony KAHALE CARRILLO, Julen LLORENS ESPADA (Coordinador de la sección “prevención de riesgos laborales”), Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ, Mirentxu MARIN MALO, Antonio MEGIAS-BAS (Coordinador de la sección de “Vicisitudes en el contrato de trabajo”), Remedios MENÉNDEZ CALVO (Coordinadora de la Sección Juvenil), Ana Belén MUÑOZ RUIZ, Patricia NIETO ROJAS, Francisco Miguel ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, Albert PASTOR MARTINEZ, Alexandre PAZOS PÉREZ, Daniel PÉREZ DEL PRADO, Patricia PRIETO PADIN, M^a Isabel RIBES MORENO, M^a de Montserrat RODRÍGUEZ EGIO, Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Coordinadora de la sección “De la conciliación a la corresponsabilidad”), Rosa RODRÍGUEZ ROMERO, Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Josefa ROMERAL HERNÁNDEZ, María SALAS PORRAS, Pedro SÁNCHEZ PÉREZ, Mariola SERRANO ARGUESO, Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ, Eduardo E. TALÉNS VISCONTI (Coordinador de la sección “Empleo y contratación”), Adrián TOLODÍ SIGNES, Teresa VELASCO PORTERO, y Helena YSÀS MOLINERO (Coordinadora de la sección “Derecho colectivo del trabajo”).

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo en 2016; jurisprudencia constitucional; jurisprudencia del Tribunal Supremo; modalidades contractuales; extinción del contrato de trabajo; protección social; prevención de riesgos; derecho procesal.

SUMARIO: I. Derechos fundamentales inespecíficos. II. Novedades en materia de contratación laboral y empleo. III. Vicisitudes en el contrato de trabajo. IV. Derecho colectivo del trabajo. V. De la conciliación a la corresponsabilidad. VI. Seguridad social. VII. Prevención de riesgos laborales.- VIII. Procesal.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2016

ABSTRACT: This report has as aim leaving a record of the most relevant normative changes and the most paradigmatic judicial trends in Labour Law in 2016. One can easily observe the unstoppable dynamism of Labour and Social Security Law in Spain. The document, conscious of that mutability, collects a thorough selection of key issues, according to the judgement of the authors, all of them specialists and all of them members of the Young Scholars' Section of the Spanish Association for Labour and Social Security Law. They are part of thematic groups, linked to their main research lines and their teaching task. Summing up, in this report "Labour and Social Security Law in Spain in 2016", one can easily find useful information for labour lawyers in subjects such as unspecific fundamental rights, work contracts and employment, issues of the labour relationship, collective rights, equality and co-responsibility, Social Security or occupational risk prevention. This year the report is completed with a chapter on Procedural law.

KEYWORDS: Labour Law in 2016; constitutional case law; Supreme Court's case law; types of contract; termination of the work contract; social protection; occupational risk prevention; procedural law.

SUMMARY: I. Unspecific fundamental rights. II. New issues on work contracts and employment. III. Issues on the labour relationship. IV. Collective labour law. V. From work-life balance to co-responsibility. VI. Social security. VII. Occupational risk prevention-. VIII. Procedural.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS*

1.1. Introducción

En lo que se refiere a la proyección de los derechos fundamentales y libertades públicas generales de carácter no específicamente laboral sobre el las relaciones de trabajo, no hay en el año 2016 grandes novedades legislativas, centrándose por consiguiente esta parte del informe primordialmente en las aportaciones de la jurisprudencia -ordinaria, constitucional y supranacional- y de la doctrina judicial de los tribunales del orden social de la jurisdicción, de la que a continuación se hace la pertinente crónica conforme al siguiente orden de materias: (i) igualdad y no discriminación; (ii) acoso moral, sexual y discriminatorio; (iii) libertades ideológica, de

* Han colaborado en la redacción de este apartado Diego ÁLVAREZ ALONSO (Coordinador), Esther CARRIZOSA PRIETO, Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Ana Belén MUÑOZ RUIZ, Alexandre PAZOS PÉREZ, y Pedro SÁNCHEZ PEREZ.

acogiendo esta última sin resolver asimismo sobre aquella resulta en efecto incongruente por omisión, en los términos en que esta es definida por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en STC 83/2004, de 10 de mayo.

II. NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL Y EMPLEO*

2.1. Introducción

En precedentes Informes acusábamos las novedades legislativas más significativas en materia de contratación y empleo. Todos los años contábamos con una batería de medidas laborales implementadas con el objetivo de hacer frente a la difícil situación de desempleo que viene padeciendo un porcentaje muy alto de la población. Entre ellas, podemos citar el establecimiento de nuevas modalidades contractuales dirigidas a colectivos específicos, el recurso a las bonificaciones y deducciones a la Seguridad Social, la reforma de los contratos en prácticas, la implantación de un sistema nacional de Garantía Juvenil o las diversas medidas de fomento del autoempleo etc. Sin embargo, durante el pasado año no contamos con actividad legislativa, algo obvio si tenemos en cuenta que casi todo el año 2016 lo pasamos con un Gobierno en funciones y con unas Cortes Generales sin actividad legislativa. De esta forma, el año 2016 ha significado un paréntesis respecto de la tendencia reformista que en materia de acceso al empleo venía produciéndose durante los años anteriores. Por ello, en el presente Informe no habrá lugar para comentar las últimas novedades legislativas, prácticamente inexistentes durante este periodo. Será momento, pues, de realizar un análisis reposado sobre la situación actual y acercar posturas en torno a las novedades que han venido de la mano de la jurisprudencia.

Así, en primer lugar, expondremos la realidad de las políticas de empleo durante el año 2016, con la incorporación de unos interesantes gráficos que pretenden ilustrar el estado de la cuestión. Las políticas pasivas de empleo han sufrido desde el año 2013 una alteración respecto del desembolso de las prestaciones, pasando el importe de los subsidios por encima del gasto del nivel contributivo, lo que demuestra un sistema de protección por desempleo exhausto, incapaz de mantener el grado de cobertura. El gasto en políticas activas de empleo ha subido sensiblemente, pero el gasto por desempleado es cinco veces inferior a la media comunitaria. Junto con ello, el principal componente de las políticas activas de empleo ha sido a través de incentivos a la

* Han colaborado en la redacción de este apartado Carmen AGUILAR MARTÍN, Rafael ÁLVAREZ GIMENO, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Daniel PÉREZ DEL PRADO, María SALAS PORRAS, Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ, y Eduardo E. TALÉNS VISCONTI (Coordinador).

contratación, cuya contribución a la creación de puestos de trabajo es más que discutible.

El segundo foco de atención se centrará en la situación de los jóvenes, que representa el colectivo que más ha sufrido la crisis en lo que se refiere a las dificultades de acceso al empleo. La tasa de paro en menores de 25 años ha mejorado sensiblemente, pues ha pasado del 54,14% en el tercer trimestre del año 2013 a un 41,94% en el mismo periodo del año 2016. Sin embargo, la tasa de paro de menores de 25 años todavía supera el doble de la tasa de paro general, que alcanzó en el mismo trimestre del 2016 un 18,91%. Esto significa que el camino está dibujado, pero todavía quedan muchas cosas por hacer para superar esta lacra, que de mantenerse en niveles de años anteriores producirá importantes cambios sociales y demográficos, preocupando bastante los riesgos de exclusión social.

Relacionado con el problema de los jóvenes en el acceso al empleo está el aspecto formativo. Desde el 1 de enero de 2016 los contratos para la formación deberán de quedar vinculados a certificados de profesionalidad y, además, impartirse en la modalidad *on line* y/o presencial. También ofreceremos un breve recorrido por los pronunciamientos judiciales que durante el año 2016 se han afectado a los contratos de formativos. En último término, interesa destacar que el Plan Anual de Empleo 2016 ha creado una Unidad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) para el control de las actividades de formación. Se buscaría perseguir el fraude en materia formación y preservar un principio de tolerancia cero en esta sede.

A continuación, abordaremos una serie de aspectos concretos que durante el año 2016 han sufrido modificaciones, aclaraciones o que han abierto nuevos foros para el debate. La primera de estas cuestiones interesante viene representada por la publicación del Criterio Técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. La reserva de puestos de trabajo en empresas privadas que ocupen 50 o más empleados presenta una serie de problemas interpretativos que el citado Criterio Técnico pretende disipar en parte, por ejemplo: los trabajadores que entran en el cómputo de la plantilla, el periodo de referencia para ese cómputo, el porcentaje de personas discapacitadas en caso de que la división no arroje un número entero, el ámbito subjetivo de las personas que deberán de contratarse por esta vía, o el tipo de contrato que cabrá formalizar.

Seguidamente nos referiremos a un problema que salpicó a los medios de comunicación y que se enmarca en la relación laboral de los profesores asociados de universidad. En este sentido, comentaremos dos supuestos: uno que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra y otro en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Con todo, merece la pena adelantar que la temporalidad de estos contratos estaría justificada

con base en la especialidad práctica del profesional que aporta sus conocimientos a las necesidades docentes de un departamento. Sin embargo, pueden existir ciertos enredos jurídicos a la hora de abordar una posible concatenación de contratos que, incluso, podría llegar a derivar en la consideración de algún contrato de profesor asociado en la figura de personal indefinido no fijo.

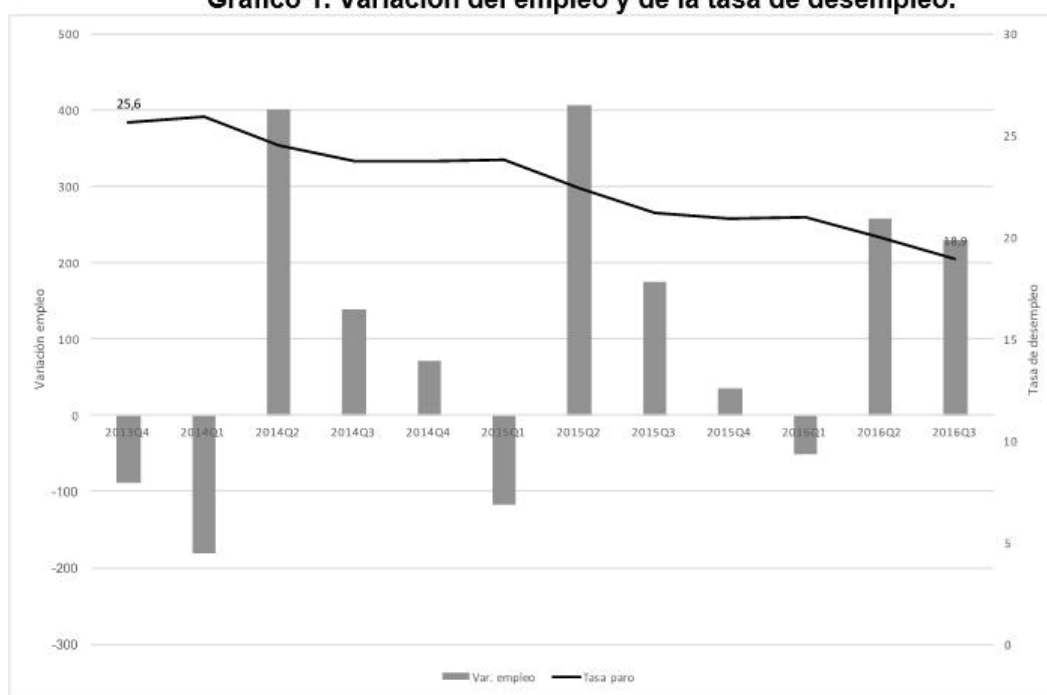
Para finalizar, concluiremos con el “tema estrella” de los últimos meses, consistente en la posibilidad de que los trabajadores interinos puedan llegar a lucrar una indemnización por finalización de contrato. Nos referiremos al conocido asunto “De Diego Porras” y a las posteriores sentencias que han ido recayendo sobre el particular. Se trata de una cuestión debatida que ha centrado y centrará la atención de la doctrina científica y judicial durante varios meses, hasta que la cuestión se pacifique, probablemente, con un eventual posicionamiento por parte del Tribunal Supremo. Con todo, aunque desde distintos ámbitos se viertan opiniones y se propongan soluciones jurídicas sobre este embrollo, en el presente Informe no podríamos pasar por alto, siquiera, la ocasión de aportar algunas ligeras notas sobre esta complicada cuestión, identificando los problemas y posibles salidas jurídicas.

2.2. Las políticas de empleo en 2016 desde el plano cuantitativo

En el cuarto trimestre de 2013 España dejó atrás la recesión más terrible desde el Crack del 29. Tras más de un lustro de depresión, 2016 ha sido el tercer año consecutivo con crecimiento, lo que se ha traducido en creación de empleo y en una paulatina bajada de la tasa de paro. En este lapso de tiempo se han creado 1.272.800 empleos, siendo el período más fructífero el segundo trimestre de 2015, con 406.400 puestos de trabajo nuevos.

Como muestra el siguiente gráfico, los períodos más propicios para el empleo son el segundo, tercer y cuarto trimestres del año, marcados por las contrataciones de la temporada estival y las fiestas navideñas respectivamente; mientras que los primeros trimestres de cada año han supuesto destrucción neta de empleo. No obstante, más importante que esta tendencia general es la relativa desaceleración en cuanto al ritmo de creación de puestos de trabajo del segundo trimestre de 2016 en comparación con el mismo período de los dos años precedentes, sólo compensado parcialmente por el tercer trimestre del mismo año, el mejor de toda la serie con 229.000 puestos de trabajo nuevos. Este relativamente buen comportamiento del mercado de trabajo en nuestro país ha permitido reducir la tasa de paro en estos tres años del 25,6% al 18,9%.

Gráfico 1. Variación del empleo y de la tasa de desempleo.



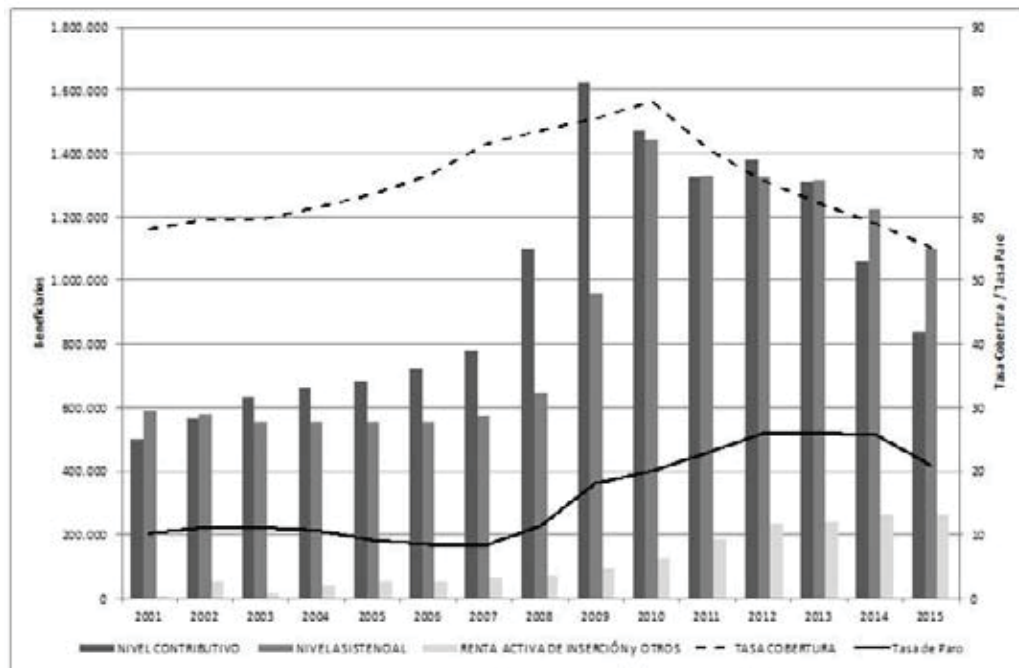
Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat.

Por consiguiente, el empleo avanza a buen ritmo, si bien es tal el daño causado por la crisis que aún tardaremos un tiempo en alcanzar los niveles de 2007. De mantenerse el ritmo actual de creación de empleo, tardaremos al menos un lustro en lograr tal meta. Por tanto, como el problema del desempleo seguirá siendo el más importante de los que padece nuestro mercado de trabajo, cabe preguntarse en qué situación se encuentran nuestras políticas de empleo para afrontarlo en los próximos años. Los siguientes dos gráficos nos ofrecen algunos datos básicos al respecto.

Por lo que hace a las políticas pasivas de empleo, lo prolongado de la crisis y los recortes han deteriorado de forma muy notable la capacidad protectora del sistema. Tal y como puede observarse el número total de beneficiarios no ha parado de disminuir desde el año 2010, acelerándose esta tendencia desde 2013. Desde este mismo año, el número de beneficiarios de subsidios ha venido siendo mayor que el de prestaciones, alcanzándose la diferencia más amplia en 2015, último año publicado, con en torno a 264.000 beneficiarios. Ese mismo año, el número de subsidios apenas superó el 1.100.000, mientras que las prestaciones rondaron los 840.000. La caída en el número de beneficiarios de estos dos primeros niveles de protección no se ha visto compensada por otras fórmulas como la renta activa de inserción o los programas extraordinarios, como el Programa de Activación para el Empleo. Este tercer nivel se ha mantenido estacando en los dos últimos años en torno a los 260.000 beneficiarios. El resultado final

es el de un sistema de protección por desempleo exhausto, incapaz de mantener el grado de cobertura, que ha caído de cifras cercanas al 80% a otras próximas al 50%.

Gráfico 2. Evolución de las políticas pasivas de empleo

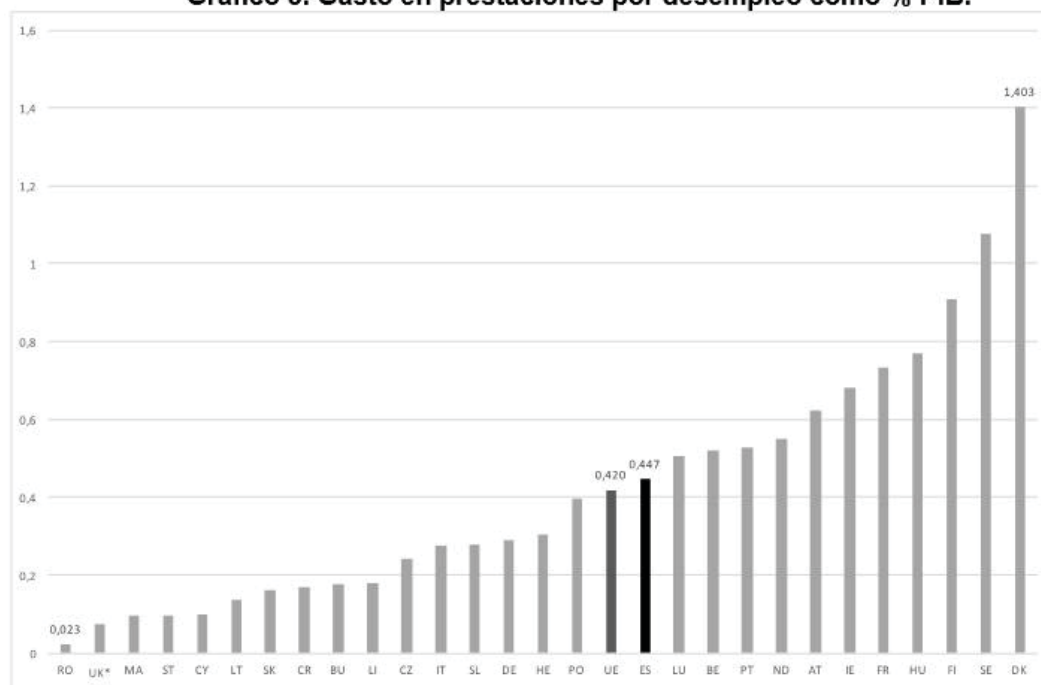


Fuente: Elaboración propia a partir del Boletín de Estadísticas Laborales y EPA.

La situación en relación a las políticas activas de empleo mejora algo en comparación con las anteriores, pues como muestra el siguiente gráfico, España se sitúa ligeramente por encima de la media europea, dedicando un 0,4% del PIB a este tipo de políticas. No obstante, aun siendo este dato positivo, debe tomarse con precaución por dos motivos fundamentales.

En primer lugar, porque si se tiene en cuenta el gasto por desempleado, la posición de España empeora sensiblemente, encontrándonos cuatro puestos por debajo de la media europea, con un monto por desempleado que es cinco veces inferior a la media comunitaria. En segundo lugar, porque el principal componente de nuestro gasto en políticas activas de empleo sigue siendo los incentivos a la contratación, para los que existe evidencia empírica que no contribuyen a la creación de puestos de trabajo. Su finalidad es bien distinta, la focalización del empleo que se crea en determinados colectivos con dificultades, lo que aconseja su concreción en grupos muy específicos. Aunque en 2010 y 2012 se inició esa senda hacia una mayor concreción, posteriormente esa política legislativa ha resultado frustrada.

Gráfico 3. Gasto en prestaciones por desempleo como % PIB.



Fuente: Eurostat. Año 2014. Último año completo publicado.

2.3. Empleo juvenil: cambios en la situación sociolaboral de los jóvenes en España¹

A nadie se le escapa que el colectivo de jóvenes ha sido uno de los más castigados por la crisis en toda la UE² y, sobre todo, en España, donde el desempleo juvenil se ha convertido en un problema estructural de enorme preocupación. Las cifras son muy

¹ Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado S07- Derecho del Trabajo-Universidad de Zaragoza financiado por el Gobierno de Aragón.

² Según constata la Comisión Europea:

- In 2015, more than 6, 6 million young people (aged 15-24 years) were neither in employment nor in education (*) or training (NEETs) in the EU.

- More than 4, 2 million young people (aged 15-24 years) were unemployed in August in 2016 in the EU.

Vid: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1036>

(*) Según el art. 165 del Tratado de Funcionamiento de la UE “La Unión contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística. (...)”

claras y tomando como referencia el año 2008 las tasas de desempleo a nivel europeo fueron ascendiendo hasta alcanzar en el año 2013 un pico del 23.5% de media entre todos los países. Sin embargo, la disparidad de tasas entre los diferentes países que componen la UE es enorme, desde el 10% de Alemania hasta más del 50 % de España o Grecia. Si tenemos en cuenta la evolución de esta tasa, en el caso concreto de España, frente al 17,4% de tasa de paro juvenil en el año 2008, ésta fue aumentando y en el primer trimestre del año 2013 un 57,2% de los jóvenes se encontraba desempleado, una cifra insoportable que tuvo y que tiene consecuencias importantes en el país y sobre todo, en el colectivo, tanto de tipo psicológico como económico.

Si se tienen en cuenta las condiciones de trabajo de los que están en activo y las condiciones sociales de los que no lo tienen, podemos encontrar a algunos jóvenes situados en una precariedad tal que, en algunos casos, la situación de vulnerabilidad que presentan puede considerarse que alcanza la exclusión social.

En este contexto, tanto a nivel internacional como a nivel nacional se han tomado medidas con el fin de paliar la situación y poder mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los jóvenes. Efectivamente, la situación ha mejorado pues los datos así lo confirman. De este modo, la tasa de paro en menores de 25 años ha pasado de un 54,14% en el tercer trimestre del año 2013 a un 41,94% en el mismo periodo del año 2016³. Incluso dentro de este mismo año también se aprecia una disminución de la tasa de paro en los menores de 25 años, que ha pasado de un 46,50% en el primer trimestre a un 41,94% en el tercer trimestre de este año 2016⁴. A pesar de la mejora, todavía la tasa de paro de menores de 25 años está por encima del doble de la tasa de paro del país, que alcanza en el mismo trimestre del 2016 un 18,91%. Por sexo, siguen, habiendo diferencias puesto que para el mismo periodo la tasa de paro en mujeres es un 20,66% mientras que la de hombres es un 17,39%. Por nacionalidad, la tasa de paro de la población española es del 18,13%, mientras que la de la población extranjera es del 24,78%. También por Comunidades Autónomas se pueden observar diferencias, desde la que menor tasa presenta (Islas Baleares con un 27,10%) hasta la mayor (Ceuta con un 65,77%). Entre medio y muy cerca de la media nacional están la Comunidad Valenciana con un 42,53% y País Vasco con un 39,73%.

Tal y como se puede observar en la tabla, si tomamos como dato de referencia el tercer trimestre de los últimos años, se aprecia un descenso continuado en esta tasa, lo que puede entenderse como una mejora de la situación.

³ <http://www.ine.es/infografias/tasasepa/desktop/tasas.html?t=0&lang=es> (consultado en diciembre de 2016)

⁴ *Ídem*

Período	Tasa de paro en menores de 25 años	Tasa de paro nacional
Tercer trimestre (T3) de 2016	41,94 %	18,91 %
T3/ 2015	46,58 %	21,18 %
T3/ 2014	52,39%	23,67 %
T3/ 2013	54,14 %	25,65 %

Tabla 1. Evolución de las tasas de paro de los últimos cuatro años tomando como referencia el tercer trimestre de cada año.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE. EPA⁵

Una alternativa al desempleo pasa por mejorar la educación, siendo España un país cuyos jóvenes tienen nivel de formación por encima de la media de la UE⁶. En el caso de España, los jóvenes de 30 a 34 años han completado la educación terciaria el 47,8% de las mujeres y el 36,8% de los hombres, frente al 42,3% de mujeres y al 33,6% de los hombres en la media de la UE-28. Así, en España, entre la población de 16-34 años, por ejemplo, el 29% tiene superada la 2ª etapa de educación secundaria y el 29,7% cuenta con la educación superior⁷.

La evolución del empleo, en un marco de creciente dificultad para encontrar un puesto de trabajo, lleva consigo un aumento del número de jóvenes que alargan su formación con el objetivo de incrementar su empleabilidad y, por tanto, mejorar sus opciones de encontrar una primera ocupación⁸. En este sentido, las cifras demuestran que cuanto más alto es el nivel educativo⁹ alcanzado menor es la tasa de paro, tanto en España como en la media de la Europa de los 28.

⁵ La Encuesta de Población Activa (EPA) es una investigación llevada a cabo por el INE de forma trimestral para obtener datos del mercado de trabajo. De dicha encuesta se deducen el porcentaje de personas activas, ocupadas y paradas (tasa de paro) que hay en España y en sus distintas Comunidades Autónomas.

⁶ La Estrategia 2020 establece como un objetivo que al menos el 40% de las personas de 30 a 34 años completen la educación terciaria.

⁷ Los datos corresponden al año 2014 (últimos datos publicados en INE, consultada información en diciembre de 2016). Fuente: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=11183>

⁸ CARRERAS ROIG, L.: La posición de los jóvenes en el mercado de trabajo en un contexto de crisis y postcrisis económica, VVAA. Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p 21.

⁹ Fuente INE, consultada en diciembre de 2016: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=11181>

Como la estructura de los sistemas educativos varía de un país a otro, un requisito para la comparabilidad es tener un marco de referencia común. Así este marco lo proporciona la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE 2011). La clasificación recoge 8 niveles: (nivel 0) educación de la primera infancia, (nivel 1) educación primaria, (nivel 2) educación secundaria baja, (nivel 3) educación secundaria alta, (nivel 4) educación postsecundaria no terciaria, (nivel 5) educación terciaria de ciclo corto, (nivel 6) grado en educación terciaria o nivel

	<i>Tasa de paro en España</i>		<i>Tasa de paro en UE 28</i>	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Nivel educativo (0-2)	29%	33.9 %	17,3%	17,5%
Nivel educativo (3-4)	19,2%	24,3%	8,3%	9,1%
Nivel educativo (5-8)	11,3%	15%	5,1%	6,1%

Tabla 2. Evolución de las tasas de paro (año 2015¹⁰) en teniendo en cuenta el nivel educativo y la variable género

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE

Tal y como se puede observar en la Tabla 2, según datos del INE, en el año 2015 en España el porcentaje más alto de hombres y mujeres desempleados en relación a la población (de 15 a 74 años) corresponde al nivel educativo de preescolar, primaria y secundaria: 1ª etapa, con un 33,9% de mujeres y un 29,0% de hombres. En el nivel educativo que corresponde a secundaria: 2ª etapa, postsecundaria no superior, los valores son de un 24,3% en las mujeres y un 19,2% en los hombres. Los valores más bajos de las tasas de paro, tanto en hombres como en mujeres, corresponden al nivel (5-8) de primer y segundo ciclo de educación superior y doctorado, con un 15,0% de mujeres y un 11,3% de hombres¹¹.

Además de estos factores, para un análisis más completo, conviene tener en cuenta otros elementos como los tipos de contrato, algo que también ha cambiado con la crisis. Desde hace mucho tiempo se viene criticando por una gran parte de la doctrina la fuerte dualidad contractual que existe en España, con las consiguientes diferencias que acompañan a esta circunstancia (estabilidad, salario, etc.). Según los últimos datos de la EPA¹², de los 15.404 asalariados, tienen contrato indefinido 11.252 y contrato temporal 4.152. En el caso de la mujer joven el 46,8% tiene un contrato temporal y el hombre un 45%, mientras que la media de la UE es un 24,4% para las mujeres y un 22% para los hombres.

equivalente, (nivel 7) nivel de maestría, especialización o equivalente y (nivel 8) doctorado o equivalente.

¹⁰ Consultada la información en diciembre de 2016, los últimos datos disponibles corresponden al año 2015. Fuente: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=11181>

¹¹ http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463174&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayou¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

¹² <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0316.pdf>

Con este panorama y con el fin de mejorar el empleo entre los jóvenes, tanto a nivel europeo, como en nuestro país, se están llevando a cabo una serie de iniciativas que contribuyen a este fin, tales como: invertir en las cualificaciones que buscan los empleadores, desarrollar la orientación profesional, fomentar las oportunidades de estudio y formación en el extranjero, mejorar los servicios de cuidado infantil (mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar), entre otras. Uno de los sistemas que se ha puesto en marcha creado específicamente para este colectivo es el Sistema de Garantía Juvenil¹³.

A la vista de la evolución en los datos y como conclusión a este apartado sobre el empleo juvenil se puede afirmar que, si bien deben mejorar, se puede albergar una esperanza positiva de mejora de la situación.

2.4. Los contratos formativos en España en 2016

2.4.1. Novedades en el plano normativo

La normativa laboral contempla dos modalidades básicas de contratos formativos: el contrato para la formación y el aprendizaje, que tiene como objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo (art. 11. 2 ET); y el contrato en prácticas, celebrado con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes y que no tienen la experiencia profesional necesaria (art. 11.1 ET). Son pocas las novedades que en el plano normativo presentan los contratos formativos, salvo la prescripción que desde el 1 de enero de 2016 obliga a formalizar los contratos para la formación vinculados a Certificados de profesionalidad.

Desde esta fecha sólo se pueden celebrar contratos para la formación y el aprendizaje que estén vinculados a Certificados de Profesionalidad, y por lo tanto la formación deberá impartirse en las modalidades *on line* o presencial y no como hasta ahora, en la modalidad a distancia¹⁴. A los contratos celebrados antes del 1 de enero de 2016 les seguirá siendo de aplicación la legislación en esta materia vigente en el momento de su celebración, hasta alcanzar el máximo de duración (tres años). Esta novedad es consecuencia de la falta de prórroga que permitía la celebración de estos

¹³ <http://www.empleo.gob.es/es/garantiajuvenil/accesoJovenes.html>

¹⁴ DT 8ª Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en la redacción dada por la DF 2ª de RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo y Orden ESS/1249/2015, de 19 de junio.

contratos en la modalidad a distancia. La Orden ESS/1249/2015, de 19 de junio completaba la adecuación de la oferta formativa inherente a estos contratos, especialmente en la modalidad de teleformación, y el establecimiento de los soportes técnicos necesarios para su impartición.

En mayo de 2016 se amplió la oferta de certificados de profesionalidad susceptibles de impartirse en esta modalidad de teleformación, quedando constituida dicha oferta por los certificados incluidos en el Anexo de la Orden ESS/722/2016, de 9 de mayo y los contenidos en el Anexo I de la Orden ESS/1897/2013, de 10 de octubre, por el que se desarrolla el RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad y los reales decretos por los que se establecen certificados de profesionalidad dictados en su aplicación ¹⁵. En cada módulo se determina el número de horas de tutorías presenciales, así como las capacidades y criterios de evaluación vinculados a las mismas y una estimación de la duración de la prueba de evaluación final de carácter personal. Las sumas de las horas de formación *on line*, las tutorías presenciales y la evaluación final han de coincidir con la duración total del módulo establecida en el real decreto que regula el certificado correspondiente (Artículo único Orden ESS/722/2016, de 9 de mayo). La actividad formativa inherente a este contrato tiene como objeto la cualificación profesional del trabajador en régimen de alternancia con la actividad laboral, conforme al contenido necesario para la obtención de un título de formación profesional de grado medio o de certificado de profesionalidad o, en su caso, certificación académica o acreditación parcial acumulable (art. 16 RD 1529/2012 y art. 4 Orden ESS/2518/2013). Para ello es necesario que las actividades formativas estén autorizadas por el Servicio Público de Empleo competente. La formación complementaria deberá corresponderse con una o varias de las especialidades informativas incluidas en el Fichero de especialidades formativas (art. 20.3 RD 395/2007), y serán impartidas por los centros de empresas que deben estar inscritos en el Registro de Centros y Entidades de Formación en la correspondiente población y solicitar autorización de inicio de la actividad formativa al SEPEE o a la Comunidad Autónoma de referencia.

En el año 2016 el SPEE ha firmado los siguientes convenios de colaboración: con la Comunidad Autónoma Andaluza (R. 25 de octubre, BOE 15 de noviembre 2016); Canarias (Resolución de 25 de octubre); Cantabria (R. 8 de julio); y en el caso de Murcia, la prórroga para el 2016 de la R. 29 de agosto de 2014 (R. 29 de agosto y Addenda de 3 febrero 2016). La justificación de la formación teórica se realiza mediante una

¹⁵ Orden ESS/722/2016, de 9 de mayo, por la que se amplía la oferta de certificados de profesionalidad susceptibles de impartirse en la modalidad de teleformación y se establecen las especificaciones para su impartición (BOE 14 de mayo), en relación con el RD 34/2008, de 18 de enero y la Orden ESS/1897/2013, de 10 de octubre que desarrolla el RD anterior.

acreditación oficial conforme a los títulos o certificados de profesionalidad previstos en la LO 5/2002 y sus normas de desarrollo. Respecto a los contratos en prácticas no hemos detectado normativa alguna en el año 2016, por lo que pasamos al epígrafe de las novedades jurisprudenciales y judiciales de este año.

2.4.2. *Novedades judiciales*

En este año 2016 no hemos encontrado ninguna doctrina jurisprudencial especialmente novedosa, por lo que nos remitiremos a destacar las novedades judiciales.

En relación al contrato en prácticas y a la inexistencia de fraude de ley los tribunales han reiterado doctrina en el sentido de declarar que no existe dicho fraude, como es obvio, si el puesto de trabajo corresponde al nivel de estudios (STSJ Asturias 25 de octubre 2016); como también en el caso de realización de funciones que permiten adquirir una experiencia profesional más amplia y acorde con la titulación académica en el caso de una abogada junior que ha prestado servicios con anterioridad como becaria, pasante, asesora jurídica y abogada junior para distintos despachos de abogados (STSJ Cataluña 29 de enero 2016).

En otro orden, la STSJ Asturias de 8 de noviembre de 2016 (rec. 2289/2016) ha considerado contrario al principio de igualdad una diferencia salarial entre trabajadores contratados en prácticas por un Ayuntamiento, previo desarrollo de prácticas no laborales, y los de otro colectivo igualmente contratado en prácticas en virtud de un plan de empleo distinto. En la citada sentencia se dice que “la desigualdad retributiva no puede justificarse en función de la fecha de ingreso en la empresa o la distinta duración de los contratos, ni por la remisión a distinto Convenio Colectivo. Y el hecho de que las contrataciones de ambos colectivos deriven de dos planes de empleo con distintas subvenciones constituye una circunstancia también irrelevante para legitimar una desigualdad de trato entre trabajadores que ostentan igual categoría y realizan idénticas funciones” (FJ 4). Este pronunciamiento cuenta con un voto particular en contra. En realidad, como se ha señalado, lo verdaderamente relevante que explica una regulación retributiva distinta de los trabajadores como consecuencia de la fecha de ingreso en la empresa, que puede considerarse lícita y no discriminatoria, es la existencia de una justificación suficiente con base en datos objetivos, lo que incumbe determinar en cada caso concreto y no con carácter general (STS de 24 noviembre 2015).

La aplicación del principio de igualdad es un tema muy debatido ante los tribunales. Es clásica la sentencia que entiende contrario a dicho principio la práctica empresarial consistente en excluir de una ayuda asistencial a los trabajadores contratados como aprendices. Para el tribunal, el carácter esencialmente formativo perseguido por el

contrato de formación y aprendizaje no determina una diferencia entre los aprendices y el resto de los trabajadores de la empresa susceptible de justificar la privación de los beneficios sociales que, sin distinción, se reconocen en convenio colectivo a los trabajadores de la empresa. Sin embargo, como mantuvo la doctrina, el TS basa la solución al supuesto planteado en el que el hecho de que el convenio colectivo reconoce este tipo de ayudas a la totalidad de la plantilla sin distinción alguna relativa a la modalidad de los trabajadores empleados. En este caso, el empresario no puede unilateralmente decidir la inaplicación de la ayuda a los aprendices. “Pero el TS, *obiter dicta*, parece admitir la posibilidad de que el convenio colectivo restringe el margen de extensión de las mencionadas ayudas”¹⁶.

En materia de extinción, está expresamente contemplado que estos trabajadores no tienen derecho a recibir indemnización alguna de 12 días de salario por cada año de servicio (STS 4 de febrero 2016) a diferencia, por ejemplo, de un trabajador indefinido no fijo de la Administración local, cesando por ocupación reglamentaria de la vacante al que sí le corresponde la mencionada indemnización (STS 7 de noviembre de 2016, rec. 755/2015). Así mismo, en relación con el contrato de formación y aprendizaje, es lícita la extinción al vencimiento del término convenido al no existir fraude de ley en la contratación cuando se han respetado los tiempos de formación teórica, la trabajadora no contaba con la cualificación profesional, la actividad laboral desempeñada estaba relacionada con las actividades formativas y no revela la existencia de fraude de ley el hecho de que haya prestado servicios en el Ayuntamiento y no en la Agencia para el empleo (SSTSJ Madrid. 23 de mayo 2016; 9 de marzo; 30 de noviembre; 18 de noviembre). La extinción también es procedente cuando el trabajador aprendiz no haya superado el periodo de prueba (STSJ Valencia 1 de diciembre de 2016) y no conste incumplimiento alguno de condiciones fijadas (STSJ Madrid 13 de enero 2016). Y, en general, por expiración del tiempo convenido sin la existencia de fraude de ley (STSJ Madrid 8 de febrero de 2016. En este sentido, la empleadora cumple las obligaciones formativas y las de tutela del desarrollo formativo, pudiendo para ello designar, por razones técnicas u organizativas, como tutora a una persona perteneciente a la plantilla de otra empresa del grupo a la que ha sido cedido el trabajador por esas mismas razones. En este caso no constituye cesión temporal de trabajadores entre las diversas empresas de un grupo mercantil en base a las necesidades organizativas de cada momento (STSJ Andalucía 17 de diciembre de 2016).

¹⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, ANA, “Contrato de aprendizaje y ventajas en la negociación colectiva: un exclusión injusta e injustificada”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 470, 1996, p. 1, (Bases de datos, El Derecho, EDB 1996/47255).

Finalmente, no queremos terminar esta breve reseña normativa y jurisprudencial sin hacer referencia al Plan Anual de Empleo para 2016. Este plan ha creado una Unidad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) para el control de las actividades de formación con capacidad efectiva de sanción por irregularidades. El citado documento contempla la “Reforma del Sistema de Formación Profesional para el Empleo” y recoge el principio de tolerancia cero contra el fraude, dotando de mayor visibilidad y difusión a las situaciones de malas prácticas e incumplimientos¹⁷. Este es un aspecto muy importante para la recuperación del empleo de los jóvenes y de la efectividad de la Garantía Juvenil que, mediante Resolución de 18 de mayo de 2016 del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se modifica la de 24 de agosto de 2015, ha ampliado el plazo de ejecución hasta el 31 de mayo de 2017 del programa específico de ámbito estatal de mejora de la empleabilidad, la cualificación y la inserción profesional de jóvenes inscritos en el Fichero Nacional de Garantía Juvenil. Los proyectos que se financien al amparo de esta convocatoria se podrán ejecutar a partir de la fecha de notificación de la resolución de concesión de la subvención a los beneficiarios hasta el 31 de mayo de 2017. En estos días finales del año 2016 se están cimentando las bases para poner en marcha nuevas medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (SBGJ), entre las que se encuentran las siguientes: a) la simplificación de los requisitos fijados hasta el momento para poder ser beneficiario del SNGJ, respetando los requerimientos derivados de la normativa comunitaria; y b) que los jóvenes inscritos como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo que cumplan los requisitos de la Garantía Juvenil (GJ) sean inscritos en el SNGJ, en el caso de que hubieran participado o estén participando en alguna de las actuaciones previstas por el mismo. Por ello se anuncia la necesidad de introducir modificaciones a la Ley 18/2014, de 15 de octubre, para favorecer el acceso y la inscripción en el SNGJ. Esto significa que en el año 2017 se van a acometer reformas y adoptarían nuevas medidas encaminadas a impulsar el fracasado SNGJ, puesto que el desempleo juvenil español continúa siendo de los más altos de Europa, el 46’5 por ciento de los jóvenes entre 16 y 24 años, como el propio Ministerio señala. Como es obvio, estas nuevas medidas vienen acompañadas de un incremento de recursos financieros para España en el marco de la Política de Cohesión, que deben ser utilizados en el ámbito del empleo juvenil¹⁸. Este es

¹⁷ Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de empleo para 2016, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo (RDL 3/2015, [BOE 31 de agosto]).

¹⁸ Este incremento se debe a la revisión que la Comisión Europea llevó a cabo en julio de 2016 del Marco Financiero Plurianual 2014-2020 (arts. 90.5 y 92.3 del Reglamento 1302/2013 del parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, y en el art. 7 del Reglamento [Euratom] 1311/2013).

un aspecto relevante, ya que es necesaria una financiación importante y solvente para acometer este SNGJ y que las medidas sean efectivas y cumplan su finalidad: que los jóvenes encuentren un empleo de calidad y mejoren su empleabilidad.

2.5. La cuota de reserva en favor de las personas con discapacidad: el Criterio Técnico 98/2016 Técnicos de la Inspección de Trabajo

2.5.1. Introducción

Como se sabe, el art. 42 del RDL 1/2013, sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece que las empresas, tanto públicas como privadas, que empleen a cincuenta o más trabajadores vendrán obligadas a que, de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad. Con esta medida, junto a muchas otras, el legislador trata de dar respuesta al mandato recogido en el art. 49 de la CE, que conmina a los poderes públicos a llevar a cabo una política orientada a la integración social de las personas con discapacidad.

Esta norma del art. 42 del RDL 1/2013 se complementa, principalmente, con la DA 1ª del RD 364/2005 y la normativa de desarrollo de la Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos, derogada por el propio RDL 1/2013, que continúa vigente en todo aquello que no se oponga al mismo. Así, el régimen aplicativo de esa cuota de reserva del 2% de la plantilla de las empresas de cincuenta o más trabajadores para personas con discapacidad puede sintetizarse como sigue:

En primer lugar, dicho cómputo se realizará sobre la totalidad de la plantilla de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la misma; asimismo también computan los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal. Además, aunque propiamente no supongan creación de empleo nuevo, pero sí mantenimiento del existente, los trabajadores con capacidad disminuida sobrevenida también se contarán dentro de dicho porcentaje de la plantilla de la empresa. Por otra parte, se prevé que las empresas que empleen a cincuenta o más trabajadores fijos deberán enviar a la Oficina de Empleo del INEM de la provincia en que tengan su sede social, así como de aquellas otras en la que tengan centros de trabajo, la relación de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad dentro del primer trimestre de cada año.

En cualquier caso, es necesario tener muy presente que, ante la concurrencia de distintas causas de excepcionalidad, la empresa podrá sustituir esta obligación por otras medidas alternativas, contempladas en el art. 2 del RD 364/2005. Éstas consisten, en esencia, en celebrar contratos civiles o mercantiles de suministros con centros

especiales de empleo; en celebrar con éstos contratos para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa; o, por último, llevar a cabo donaciones y acciones de patrocinio en beneficio de fundaciones o asociaciones cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad.

En fin, como puede fácilmente vislumbrarse, la complejidad que reviste el régimen jurídico de esta obligación ha originado, en efecto, un elevadísimo número de dudas y problemas interpretativos que, a su vez, han requerido las pertinentes respuestas y aclaraciones por parte de la Dirección General de Empleo y la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por ello, este último órgano ha tomado la, en mi opinión muy acertada, determinación de elaborar un documento en el que se unifican los criterios interpretativos que han de seguirse frente a los distintos escollos que pueden aparecer en este terreno.

De este modo, el objetivo de este informe no es otro que extraer las conclusiones más relevantes del Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

2.5.2. El periodo de referencia para el cómputo del número de trabajadores de la empresa y la incidencia del tipo de contrato de trabajo

Uno de los principales problemas aplicativos de la obligación contenida en el art. 42 del RDL 1/2013 es el de determinar el marco temporal dentro del cual se llevará a cabo el cálculo del número total de trabajadores empleados en la empresa.

A este respecto, debe tenerse presente, en primer lugar, que, en virtud de la D.A. 1ª del RD 364/2005, *el período de referencia para dicho cálculo serán los doce meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa*. Así, queda patente que el cómputo se efectúa respecto a un espacio temporal de doce meses, consecutivos e inmediatamente anteriores al momento del cálculo, y no en relación a un preciso instante.

Una vez aclarado este punto, es necesario plantearse qué ocurre en relación a los trabajadores a tiempo parcial (y los fijos discontinuos) y los trabajadores temporales; cuestiones que la Inspección de Trabajo ha resuelto con la debida claridad. En efecto, respecto a los trabajadores a tiempo parcial, así como los fijos discontinuos, la Inspección de Trabajo interpreta con buena lógica que, toda vez que el art. 42 del RDL 1/2013 dispone que el cómputo se efectuará...*cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa...*, así como también la

propia DA 1ª del RD 364/2005 conduce a la misma conclusión, no debe haber distinción alguna respecto a estos trabajadores. De este modo, todos los trabajadores a tiempo parcial, computarán de igual manera que los trabajadores con jornada completa; con independencia de que su jornada parcial fuese de corte *vertical* u *horizontal*.

Algo más escabrosa es la cuestión de qué ocurre con los trabajadores temporales; aunque, ya se adelanta, las pautas aplicativas de la Inspección de Trabajo también permiten aquí una aplicación correcta y precisa de la norma. En primer lugar, ha de entenderse que los trabajadores indefinidos se computarán como uno en cada uno de los meses en que estuvieron contratados, aunque en el momento del cómputo ya no prestasen servicios en la empresa; y a partir de este patrón se obtendrá el promedio de trabajadores indefinidos contratados en la empresa durante los últimos doce meses. Así, la operación matemática consistirá en computar el número de trabajadores indefinidos en cada uno de los últimos doce meses y dividir después entre doce el resultado obtenido (o, según avala la Inspección, también se podría sumar el número de trabajadores indefinidos cada día natural y dividir después el resultado entre trescientos sesenta y cinco).

Por su parte, los trabajadores con contrato temporal de duración superior a un año se computarán exactamente igual que los trabajadores indefinidos, con las pautas mencionadas en el párrafo anterior.

Así, queda por último determinar cómo se computan los trabajadores con contratos de hasta un año de duración. Pues bien, la DA 1ª del RD 364/2005 establece que, en este caso, cada doscientos días trabajados por trabajadores temporales durante los últimos doce meses se computarán como un trabajador más. Así, se sumarán todos los días de alta o de vigencia de contrato (y no solo de ocupación efectiva) de todos los trabajadores temporales cuyo contrato tuviese una duración de un año o menos en cada uno de los distintos centros de trabajo de la empresa y, una vez totalizados, se dividirá dicho número entre doscientos.

Asimismo, la norma aclara que se computa un trabajador por cada doscientos días o *fracción*, por lo que, si el resultado de la operación arroja una cifra decimal, deberá redondearse al número entero por exceso; esto es, al número entero inmediatamente superior.

En cualquier caso, el precepto dispone que, *cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores*. Así, la norma neutraliza la posibilidad de que, a través de la aplicación de las normas específicas sobre el cómputo de los trabajadores con contrato temporal de un año o menos de duración, se llegase a la situación de que se

computasen más trabajadores temporales de los que, real y efectivamente, estuvieron contratados en la empresa en algún momento a lo largo del año.

2.5.3. Otras cuestiones relevantes

Al margen del aspecto reseñado en el apartado anterior, probablemente el más espinoso del régimen jurídico de esta cuota de reserva en favor de las personas con discapacidad, hay otras cuestiones merecedoras de análisis en el documento del Criterio Técnico 98/2016.

En primer lugar, resulta fundamental el criterio acuñado por la Inspección de Trabajo en relación al porcentaje exacto de trabajadores con discapacidad respecto al total de la plantilla. En efecto, puede perfectamente ocurrir que el porcentaje de trabajadores con discapacidad no se concrete en un número entero, sino que se trate de una cifra con decimales (1,4%, 2,1%...). Pues bien, a este respecto la Inspección de Trabajo entiende que debe hacerse una interpretación finalista de la norma, que se concreta en los siguientes términos: en las empresas de menos de cincuenta trabajadores, la norma no impone la contratación de ninguna persona con discapacidad; en las empresas de entre cincuenta y noventa y nueve trabajadores, deberá haber una persona con discapacidad en la plantilla; en las empresas de cien a ciento cuarenta y nueve, dos; y, así, sucesivamente, de cincuenta en cincuenta, de manera que hasta que no se completan otros cincuenta trabajadores no surge la obligación de contratar a uno más. Como se observa, en relación a este extremo el redondeo es a la baja, al contrario de lo que sucedía respecto a los doscientos días trabajados por trabajadores temporales de un año o menos.

Por otra parte, también reviste gran trascendencia en esta materia la consideración de a quién debe reconocerse la condición de persona con discapacidad. Sobre este punto el art. 4.2 del RDL 1/2013 establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, así como a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Además, tal y como ya se apuntó en la introducción, las condiciones pueden ser inherentes a la persona o sobrevenidas; por lo que la empresa cumplirá con la cuota de reserva, también, cuando un trabajador ya integrado en su plantilla adquiriese esta condición y continuase prestando sus servicios.

En fin, el último, pero no por ello menos relevante, otro criterio interpretativo que considero necesario destacar se refiere al tipo de contrato a celebrar con las personas

con discapacidad de cara a cubrir el 2% de cuota de reserva. A este respecto, debe tenerse en cuenta que estamos ante una obligación constante, variable y viva en su aplicación, de manera que la empresa debe ir actualizando su cumplimiento según la evolución de su plantilla. De este modo, si las personas con discapacidad se incorporan a través de contratos temporales, tras su finalización habría que formalizar una nueva, siempre y cuando la obligación de reserva se mantuviese (exactamente lo mismo ocurriría tras la extinción de un contrato indefinido de estos trabajadores). Y, por otro lado, cabe preguntarse si, para dar cumplimiento a esta obligación con el mínimo coste posible, la empresa podría recurrir a la contratación a tiempo parcial. Pues bien, dado que la normativa no exige la celebración de ningún tipo específico de contrato con las personas con discapacidad de cara a la cobertura de la cuota de reserva del 2%, será válida la celebración de cualquier modalidad contractual; incluidos los contratos a tiempo parcial. No obstante, la Inspección de Trabajo podría llegar a valorar conductas constitutivas de fraude de ley cuando la empresa ocupase puestos de naturaleza constante con estos contratos, o bien los ocupase mediante sistemas de rotación arbitrarios e intencionados.

2.5.4. Conclusiones

Como ha podido observarse, muchas son las aristas técnicas e interpretativas de esta compleja obligación que impone el art. 42 del RDL 1/2013 a las empresas que empleen a cincuenta o más trabajadores. Sin embargo, la nutrida y dilatada experiencia de la Inspección de Trabajo le ha permitido elaborar un documento contrastado a través de la práctica, que permite superar con solvencia y rigor los principales problemas aplicativos que encuentra esta regulación. Por todo ello, considero de lo más acertada la formalización de esta hoja de ruta, que, desde este momento, permitirá a los distintos sujetos implicados cumplir y hacer cumplir esta normativa de un modo más claro, preciso y adecuado.

2.6. La figura contractual del profesor asociado de universidad: Análisis jurídico a partir del Asunto Sabariego Gómez vs. Universidad Pablo Olavide y del Asunto C-190/13, Caso Márquez Samohano vs. Universitat Pompeu Fabra

El desplazamiento de la figura contractual del profesor asociado por la del profesor sustituto interino, obedece sin género de dudas a la necesidad presupuestaria de las Universidades españolas de reducir costes económicos y sociales en sus cuentas, mediante la sustitución de mano de obra barata por otra, más barata todavía, que, además, tiene reconocidas menores garantías socio-laborales por ser su relación

contractual muy próxima al denominado “on-demand work”. Esto es, trabajadores a disposición del empresario en función de su necesidad inmediata y sin generar más derechos sociales que los correspondientes al tiempo estricto y efectivo de trabajo.

Esa sustitución que indicamos, más frecuente a partir del estallido de la crisis financiera del 2008, pasa obligatoriamente por extinguir la relación contractual de los profesores asociados, lo que provoca un aumento sin precedentes de conflictos cuya elevación a la categoría de litis, justifica que le dediquemos atención en este Informe destinado a subrayar los aspectos jurídicos más relevantes del año 2016.

Precisamente, entre las numerosas discrepancias judiciales surgidas, hemos escogido los dos asuntos señalados en el subtítulo de nuestra aportación, debido a que ofrecen, el primero, un análisis reciente y detallado de las cuestiones más repetidamente planteadas ante nuestros tribunales. Mientras, el segundo, se configura en criterio guía u orientación que la mayor parte de juzgados españoles utiliza como referente para sus propios pronunciamientos, en la medida en que la resolución del tribunal europeo cuestiona la legalidad de la concatenación temporal contractual de los profesores asociados, una técnica extendidísima entre las Universidades nacionales.

El asunto que hemos denominado Sabariego Gómez vs. Universidad Pablo de Olavide (en adelante UPO), trae origen en la extinción de la relación contractual que vinculaba a ambos desde el día uno de octubre del año 2009. En esa fecha el Sr. Sabariego es contratado como profesor asociado por la citada Universidad y desde el primer contrato hasta el último, pasando por las sucesivas prórrogas, se acompaña declaración jurada del Sr. Sabariego de mantener el ejercicio de su actividad profesional fuera de la Universidad durante la totalidad del período de contratación y el deber de comunicar por escrito cualquier cambio en su actividad profesional que pudiera provocar incompatibilidad. Llegado el año 2013, se produjo una baja por incapacidad temporal durante seis meses, periodo en el cual el trabajador presentó renuncia a sus puestos de miembro del Consejo de Gobierno, del Claustro universitario y como representante del Sector B de trabajadores. Todo ello justificado en motivos de salud. Más tarde, pero en el mismo año, el Rectorado de la UPO urgía al Sr. Sabariego a que, en el plazo de 10 días presentase “solicitud de compatibilidad con la nueva actividad que desempeñe. En caso de no presentarla, se entenderá que no desarrolla actividad alguna y se procederá a extinguir su contrato”. Pasado el plazo previsto en la comunicación del Rectorado, el trabajador respondió que “dado que me encontraba en situación de baja por IT, resulta improcedente el requerimiento efectuado”. Un mes más tarde, la UPO le remitió burofax adjuntándole la baja de su contrato, donde se hace constar como causa de extinción las legalmente establecidas en el art. 53. d) LOU, esto es, dejarse de acreditar la existencia de una actividad profesional fuera del ámbito universitario. Para el mes de octubre del

año 2013 la UPO ya había suscrito contrato laboral con un profesor sustituto interino para cubrir el puesto que ocupaba el Sr. Sabariego.

Así las cosas, las partes discuten en juicio si la relación contractual que las vinculaba tenía carácter indefinido -resultando, en tal caso, la improcedencia del despido- o si, por el contrario, había mantenido su naturaleza temporal, tratándose entonces de extinción por faltar una de las causas que permitía esa contratación y que ahora la invalidaba, como es la relativa a desarrollar una actividad laboral fuera de la Universidad.

Pues bien, la solución que dio el tribunal, y que saltó a los medios de comunicación como la “conversión en indefinidos de los profesores asociados”, no hizo sino reproducir el razonamiento que ya había argumentado el segundo de los asuntos que nos ocupa, esto es, el caso C-190/13, Márquez Samohano vs. Universitat Pompeu Fabra. En esta ocasión, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) relativa a la adecuación o no del ordenamiento jurídico español al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada contenido en la Directiva 1999/70/CE. El supuesto que desató la cuestión guardaba importantes similitudes con el asunto Sabariego, en la medida en que se trataba de otro profesor asociado a quien le es rescindido el contrato tras tres prórrogas anuales y el aumento del número de horas de servicios docentes para la Universidad Pompeu Fabra. Sin embargo, en este caso, sólo en la contratación inicial se firmó una declaración en que constaba que compatibilizaba la actividad de profesor asociado con una actividad en el sector privado. Con posterioridad ni suscribió ni se le preguntó sobre tal extremo.

De las tres cuestiones prejudiciales que formuló el Juez a quo, solo una se admitió por el TJUE, la relativa a si la cláusula 5 del Acuerdo marco debe ser interpretada en el sentido de que se opone a ella una norma legal interna como los arts. 48 y 53 LOU, al no establecer estos un límite temporal de contratos de trabajos sucesivos, ni estar en vigor ninguna otra medida de derecho interno que evite el abuso de sucesivos contratos laborales de duración determinada para los profesores universitarios. La respuesta del TJUE reconocía que, efectivamente, el Acuerdo marco tiene, entre otras, la finalidad de impedir abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Lo cual genera para los Estados miembros la obligación de adoptar medidas legales -sean normativas o convencionales- que busquen esta finalidad. Esas medidas pueden consistir en determinar la duración máxima total de los sucesivos contratos objeto de concatenación, el número de renovaciones permitidas a tales contratos o las razones objetivas que justifican sea la propia relación, sea su renovación. En este sentido el art. 53 LOU dispone claramente esas razones para contratar a los profesores asociados, esto es, porque se trata de especialistas de reconocida

competencia que ejercen su actividad principal fuera del ámbito académico universitario. Esa profesionalización es la que aporta valor añadido a la enseñanza y lo que justifica la existencia del contrato de duración determinada. Por consiguiente, la LOU sí que es conforme al Acuerdo marco europeo. Sin embargo, continua el Tribunal europeo, la existencia de este contrato, aún justificada en razones objetivas como la planteada y prevista por la normativa española, no puede llegar a desvirtuar la previsión contenida en el Acuerdo marco puesto que, si se acepta como única y válida para justificar los contratos de duración determinada de los profesores asociados, pueden desarrollarse situaciones de precariedad laboral para los profesores acogidos a esta figura contractual. Por ello son necesarios criterios más transparentes que contribuyan a determinar y comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una necesidad real de la Universidad. La respuesta del TJUE se queda aquí, pero el Juez nacional consideró que, justamente, la prórroga de los contratos debe ser entendida y apreciada como indicio suficiente de que la relación laboral satisface una necesidad de docencia permanente.

El reconocimiento como indefinida no fija de la relación contractual que vinculaba al profesor Márquez Samohano con la Universidad Pompeu Fabra tal y como demostraba el indicio probatorio de las prórrogas anuales, fue sin dilaciones aplicado al caso Sabariego Gómez en la medida en que en este último, no solo se habían producido prórrogas sino, además, la contratación inmediata de un profesor sustituto interino que cubría las necesidades provocadas por el despido del profesor asociado.

Las consecuencias que el pronunciamiento judicial europeo genera en el tratamiento jurídico-normativo de la figura contractual que nos ocupa pueden, por tanto, resumirse como sigue. En primer lugar, se reconoce que la temporalidad del contrato esté justificada en la especialidad práctica del profesional al que se contrata, siendo precisamente esa profesionalización la que explica que se le llame para que forme a los alumnos que cursan estudios superiores. Por ello, motivo de extinción de la relación contractual es dejar de desarrollar la actividad profesional externa a la Universidad. Motivo este que, recordemos, trató de utilizarse bastante enrevesadamente por la Universidad en el asunto Sabariego Gómez cuando, al darse de baja por enfermedad, se le exigió que demostrase si estaba desempeñando una labor distinta de aquella en que se le había reconocido la incapacidad temporal. Por otro lado, la virtud que permite la contratación del profesor asociado, no puede tronarse en causa que ampare el vicio, esto es, que justifique una temporalidad continua y sin límites para cubrir necesidades del empleador que deberían ser satisfechas con un contrato indefinido. Por ello, la concatenación de esos contratos es, uno de los posibles indicios probatorios de esa necesidad permanente de servicios docentes, como sucedía en el caso Márquez

Samohano; de igual forma que lo es la contratación inmediata posterior de una figura temporal precaria, como el profesor sustituto interino del caso Sabariego Gómez.

En último lugar, querríamos subrayar aquí que, contrariamente a como se ha tratado de presentar en algunos medios de comunicación los asuntos que hemos analizado, en absoluto se trata de la conversión directa en indefinidos de los profesores asociados. El reconocimiento del carácter indefinido de su relación contractual en los casos Márquez y Sabariego se ha producido porque previamente se ha roto totalmente el vínculo jurídico que unía a ambos. De manera que, si bien su contrato ha sido calificado como indefinido, de poco les va a servir si lo que le sigue es el despido. Recordemos aquí que, tras un despido reconocido como improcedente, el empleador decide si readmite o no, y en este último caso -que es el mayormente elegido por las razones económicas que presentábamos al comienzo de este ensayo- lo único que resta al trabajador es la indemnización correspondiente en función de su antigüedad. Salvo que se trate de los profesores asociados LRU, en cuyo caso, para el cálculo tampoco se tiene en cuenta la antigüedad adquirida mientras el contrato tuvo naturaleza administrativa (SSTSJ Madrid nº 821, de 24/10/14 y nº 992, de 12/12/14).

2.7. La indemnización por fin de contrato temporal en el marco de la nueva jurisprudencia comunitaria

2.7.1. La cuestión prejudicial resuelta por la STJ de 14 de septiembre de 2016 y sus efectos inmediatos

El 9 de diciembre de 2014, el TSJ de Madrid planteó una cuestión prejudicial al TJ en la que básicamente preguntaba si, en aplicación de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE, una trabajadora interina debía percibir a la finalización de su contrato una indemnización equivalente a la que correspondería por la extinción objetiva de un contrato indefinido o, en su caso, a la que se fija en la LET para el término de otros contratos temporales. La respuesta a dicha cuestión ha llegado con la STJ de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14 De Diego Porras), dando origen a un considerable revuelo jurídico, político, social y mediático, que a buen seguro no esperaba en su momento el alto tribunal europeo, que resolvió el asunto por medio de su sala décima, con la presencia de únicamente tres magistrados.

Concretamente, el caso venía referido a una trabajadora interina del Ministerio de Defensa, la Sra. De Diego Porras, que llevaba algo más de siete años consecutivos prestando servicios en sustitución de otra empleada, dispensada de sus funciones laborales por su condición sindical. Con arreglo al RDL 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria, se produjo un ajuste en los liberados sindicales

que condujo a la reincorporación de la trabajadora sustituida y al consiguiente cese de la interina, que vio terminado su vínculo contractual, sin el percibo de indemnización alguna, ya que esta no se contempla en la legislación española para dicho tipo de extinciones. Ante esta situación, la Sra. De Diego demandó a su empleador, por considerar que había existido contratación temporal fraudulenta y que, por tanto, tenía derecho a cobrar la indemnización del despido improcedente, lo que fue desestimado tanto por el Juzgado como por el propio TSJ, al considerar que el contrato cumplía con los requisitos legales y que su finalización obedecía a una razón justificada. Sin embargo, el TSJ se plantea que la ausencia de indemnización puede implicar una discriminación con los trabajadores indefinidos, que en caso de extinción objetiva perciben 20 días de salario por año de trabajo.

La cláusula 4.1 del Acuerdo Marco implementado por la Directiva 1999/70/CE señala que por lo que respecta a las “condiciones de trabajo”, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los “fijos comparables”, a menos que se justifique un trato diferente por “razones objetivas”. Al respecto, la STJ de 14 de septiembre de 2016 interpreta este precepto de tal manera que: primero, considera que la falta de compensación económica por la finalización del contrato de interinidad debe incluirse dentro del concepto de “condiciones de trabajo”, al haberse construido por la jurisprudencia una noción amplia del mismo; segundo, entiende que la trabajadora interina del caso era “comparable” con un trabajador indefinido, pues tanto su formación como las funciones que desempeñaba resultaban idénticas a la de los fijos; y tercero, no contempla que el trato indemnizatorio desigual esté amparado por una justificación objetiva derivada de las características inherentes a la temporalidad ni de la persecución de un objetivo legítimo de política social, ya que dicho contrato de interinidad se había perpetuado durante largo tiempo y otras modalidades temporales sí prevén el pago de alguna indemnización. Por todo ello, el TJ falla que el Derecho Comunitario se opone a una norma nacional que deniega “cualquier indemnización” por finalización de contrato al trabajador interino, mientras que impone el pago de indemnización a los fijos comparables, y el mero hecho de haber prestado servicios por medio de un contrato temporal no constituye razón objetiva para privarle de su derecho a la mencionada indemnización; ahora bien, el TJ deja en manos del tribunal remitente cuantificar dicha compensación e incluso abre la puerta a que este valore la concurrencia de otras razones objetivas que justifiquen la desigualdad de trato.

En su resolución del caso concreto, la STJ Madrid de 5 de octubre de 2016 asimila la extinción de la Sra. De Diego a la prevista en el art. 52 LET por necesidades productivas, ya que la terminación del contrato de interinidad no solo resultaba temporalmente indeterminada *ad initio*, sino que incluso tuvo lugar ante un hecho

impredicible -la entrada en vigor de una reforma legislativa urgente- que conllevó la forzosa reincorporación de la titular de la plaza, una vez fue amortizado su puesto como liberada sindical. Coherentemente con lo expuesto por el TJ, el TSJ de Madrid considera que la interina, por su formación y funciones, resultaba comparable a una trabajadora fija, con lo que no puede existir una discriminación respecto de la indemnización que hubiera percibido en esa misma situación de haber tenido un contrato indefinido. Por todo ello, se llega a la conclusión de que *de facto* ha habido un despido objetivo con derecho a percibir indemnización de 20 días por año, aunque la sala dispensa al empleador de los requisitos formales propios del mismo, dado que la regulación nacional existente hizo inviable que estos se respetasen.

Al margen de dicho pronunciamiento, ha habido ya otras sentencias, como las SSTJ de País Vasco de 18 de octubre de 2016, que han extendido la indemnización de 20 días por año a otras relaciones temporales en las que lo que se producía era un fin de contrato de obra o servicio, ya hubiera sido este celebrado con un organismo público o privado. No obstante, el TSJ de País Vasco equipara la indemnización por fin de contrato temporal a la dispuesta en el art. 53 LET no por entender que había existido *de facto* un despido objetivo, sino por la identidad que existe entre la terminación de dichos contratos temporales y las causas productivas de los arts. 51 y 52 LET, un matiz que facilita el ejercicio de las acciones de los trabajadores temporales por la vía ordinaria de la reclamación de cantidad, cuyo plazo de prescripción es de un año. Más recientemente, la STSJ de Andalucía de 16 de noviembre de 2016 ha ido un paso más en la extensión de efectos de la jurisprudencia comunitaria y ha reconocido la indemnización de 20 días por año a un trabajador eventual.

Ante la inseguridad jurídica generada por la STJ de 14 de septiembre de 2016, el MEYSS, tras su reunión de 17 de octubre con los agentes sociales, ha impulsado una comisión tripartita de seis expertos cuyo objetivo fundamental parece ser el establecer las bases para una reforma legislativa que implemente la jurisprudencia comunitaria de un modo en el que se conjuguen los intereses de todas las partes. Sin embargo, no parece que las propuestas de esta comisión vayan a zanjar definitivamente el tema, ya que los sindicatos más representativos han anunciado su intención de seguir alentando la judicialización del asunto, siempre que no se adopte una solución plenamente satisfactoria para los trabajadores.

2.7.2. Apreciación crítica desde el punto de vista empresarial

A pesar de que la STJ de 14 de septiembre de 2016 ha sido recibida con entusiasmo por los sindicatos, las críticas desde el sector académico y, muy particularmente, por parte de la patronal no se han hecho esperar. Al respecto, la principal objeción que

puede plantearse es que, en el Derecho interno español no existe aparentemente una discriminación indemnizatoria por causas idénticas, en tanto la extinción objetiva del art. 52 LET conlleva siempre el pago de 20 días de salario por año de trabajo, con independencia de la modalidad temporal o indefinida en virtud de la cual se halle contratado el trabajador afectado por la misma. Ciertamente, los contratos temporales tienen una causa adicional de extinción que no existe para los indefinidos: la llegada del término pactado; por lo que se está estableciendo una comparación un tanto forzada entre despido y fin de contrato temporal.

Sin embargo, debe matizarse que, en España, salvo extinción voluntaria del trabajador -ya sea unilateral o en concurrencia con el empresario- o despido disciplinario procedente, la terminación del contrato fijo, una vez superado el periodo de prueba, supone siempre el pago de una indemnización. Concretamente, en el caso examinado por el TJ, como recuerda la STSJ Madrid de 5 de octubre de 2016, puede considerarse que la extinción de un contrato interino por reincorporación del titular resulta “objetiva”, en el sentido de que no es reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad de ninguna de las partes. Es por ello que resulta comprensible que en ocasiones como la descrita el cese de un contrato temporal sea equivalente a la extinción por causas productivas de un trabajador fijo, por lo que la indemnización percibida en uno y otro caso deba ser la misma. Evidentemente, ello no implica transformar *de facto* estos contratos temporales en indefinidos, ya que la temporalidad lleva en sí misma otras distinciones que se justifican por la naturaleza misma del vínculo, como la existencia de una válida causa extintiva adicional y la falta de cómputo de la misma a efectos de despido colectivo, una “discriminación” perfectamente aceptada por la Directiva 98/59/CE

A propósito del alcance de la nueva jurisprudencia comunitaria, la CEOE ha alegado que el pago de las indemnizaciones por despido objetivo en los supuestos de fin de contrato temporal no debe hacerse extensiva al sector privado, pues el principio de eficacia vertical, tal y como se interpreta por, entre otras, la STJCE de 5 de 14 de julio de 1994, lleva a afirmar que la transposición incorrecta de una Directiva no surte efectos entre particulares. Sin embargo, esta no ha sido la conclusión a la que ha llegado una de las SSTJ de País Vasco de 18 de octubre de 2016, que considera que estamos ante un supuesto de discriminación prohibido por el art. 21 de la CDFUE, una norma que sí resulta directamente aplicable a un conflicto entre particulares.

2.7.3. Posibles interpretaciones de la jurisprudencia comunitaria

Una vez comentado el contenido de la STJ de 14 de septiembre de 2016, procede ahora examinar muy brevemente algunas de las interpretaciones que pueden hacerse de

esta novedosa doctrina comunitaria tanto desde una perspectiva jurisprudencial como de cara a una reforma legislativa.

La primera reacción del MEYSS a la doctrina del TJ ha sido la de admitir la necesidad de acometer ciertos retoques en la normativa laboral, aunque limitando los efectos de la sentencia a los trabajadores interinos y apuntando la posibilidad de que baste con concederles una compensación por fin de contrato de 12 días por año, la misma que se prevé en la mayoría de las restantes modalidades contractuales temporales. Ciertamente, el caso concreto de la STJ de 14 de septiembre de 2016 se refiere a una trabajadora interina y no especifica la indemnización que debe percibir. No obstante, el tribunal comunitario parece dejar claro que la discriminación prohibida por la Directiva es la que se produce respecto de los trabajadores fijos, no respecto de los demás temporales; ahora bien, ante la poca claridad que muestra, tal vez cabría interpretar que el fallo de la sentencia se agota con pagar una indemnización razonable, que no tiene por qué ser idéntica a la del art. 53 LET, si se aprecia que existen diferencias objetivas para modular su cuantía. Al margen del quantum indemnizatorio, una identificación plena de la sentencia europea con los trabajadores interinos tampoco está exenta de problemas. De una parte, es evidente que existen otros contratos temporales en nuestro ordenamiento que no ofrecen indemnización alguna al llegar su término y respecto de los que, en principio, cabría predicar el mismo tipo de discriminación; es lo que sucede, por ejemplo, con los formativos del art. 11 LET o con algunos contratos por obra o servicio aun en vigor que se celebraron con arreglo a normativa anterior. Sin embargo, de otra parte, hay que tener en consideración que la suscripción de contratos de interinidad a veces viene incentivada por motivos legítimos de política social en los que, con arreglo al TJ, podría justificarse un trato distinto que llevara incluso a excluir el pago de una indemnización; en este sentido, la sustitución de trabajadoras de baja por maternidad, riesgo durante el embarazo, etc. con desempleados supone una medida que favorece la igualdad, la conciliación e incluso el empleo.

La lectura que han hecho los sindicatos de la STJ de 14 de septiembre de 2016 es muy distinta a la del Ministerio y, por supuesto, a la de la patronal. Tanto UGT como CCOO consideran que, llegado su término, todos los contratos temporales generan derecho a la misma indemnización que los indefinidos que se extinguen por causas empresariales, por lo que alientan a los trabajadores temporales a reclamar la diferencia entre la cantidad percibida, de haber alguna, y los 20 días por año. Con arreglo a la jurisprudencia comunitaria, parece evidente que existe una desigualdad entre la indemnización por fin de contrato temporal -de 0 a 12 días por año- y la compensación prevista por el despido objetivo de un trabajador indefinido -20 días por año-, siendo la equiparación de cuantías indemnizatorias lo que garantiza con mayor seguridad la no

discriminación. Además, es importante recordar que el Derecho Comunitario vela por la igualdad de condiciones entre empleados fijos y por tiempo determinado, sin hacer aparentemente una distinción entre tipologías contractuales, lo que lleva a que la mencionada igualación se haga respecto de los indefinidos, pero también a que de ella se beneficien todas las modalidades temporales previstas en los ordenamientos internos, no solo los supuestos de interinidad. Sin embargo, esta interpretación maximalista tampoco está exenta de dificultades, ya que no tiene en cuenta los importantes matices que existen en la STJ. En primer lugar, resulta imprescindible determinar si concurre o no una identidad entre la formación y funciones del trabajador temporal en cuestión y aquellas que tiene o tendría un empleado fijo; al respecto, parece evidente que, con carácter general, los trabajadores con contratos para la formación y el aprendizaje no van a cumplir con este requisito. En segundo lugar, se admite la posibilidad de que, por la propia naturaleza del vínculo o por motivos de política social, exista un trato desigual entre temporales e indefinidos, lo que justificaría en algunos casos la ausencia de compensación por fin de contrato o el pago de una indemnización inferior; a propósito de ello, deben volverse a nombrar los contratos de interinidad suscritos con desempleados para cubrir bajas de maternidad o riesgo durante el embarazo, pero podrían contemplarse también otras situaciones.

Naturalmente, entre la postura gubernamental y la sindical tienen cabida otras interpretaciones que toman en consideración los matices de la jurisprudencia europea y las peculiaridades que muestran algunos tipos contractuales de duración determinada. A pesar de la lectura simplista que puede hacerse de las mismas, en cierta medida, puede afirmarse que esta vía intermedia es por la que parecen apostar tanto la STSJ Madrid de 5 de octubre de 2016 como las SSTJ de País Vasco de 18 de octubre de 2016. En todos estos casos se condena al empleador, público o privado, al pago de una indemnización de 20 días por año por la llegada del término de un contrato temporal, ya fuera este de interinidad o de otra modalidad. Sin embargo, no puede obviarse que en la fundamentación jurídica de estas sentencias se realiza previamente un doble examen que determina la identidad existente entre los trabajadores temporales demandantes y los fijos, así como la similitud entre la llegada del término y la concurrencia de una causa productiva, propia del art. 52 LET. Con arreglo a ello, el ámbito de aplicación de la STJ 14 de septiembre de 2016 se extendería más allá de los contratos de interinidad y podría conducir al pago de una indemnización por fin de contrato temporal equivalente a la prevista para los despidos objetivos; no obstante, dicha equiparación no es automática y, por tanto, no resulta aplicable a todos los supuestos de contratación temporal. Evidentemente, una interpretación en este sentido avoca el tema a la incertidumbre y a la casuística, lo que complica sobremanera la tarea del legislador y de la judicatura, pero

hace especialmente necesario consensuar unos criterios normativos claros que ayuden a determinar cuándo el fin de contrato temporal resulta equivalente a la extinción por causas empresariales.

2.7.4. Breve reflexión final

Por todo lo expuesto, resulta muy complicado sacar una conclusión simple y clara sobre el asunto presentado. En este sentido, no se puede afirmar con rotundidad que la llegada del término de los contratos temporales sea siempre equivalente a la extinción de un contrato indefinido por causas objetivas, pero lo cierto es que, en muchos casos, siguiendo la lógica del TJ, existe una similitud evidente entre ambos tipos de terminación. Esta circunstancia lleva a entender que, salvo en supuestos excepcionales estrechamente conectados con ciertas políticas sociales o con la naturaleza misma del vínculo, la extinción de las relaciones temporales, incluyendo la de los interinos, debe comportar el pago de una indemnización, cuya cuantía, en principio, deberá ser equivalente a la de los despidos objetivos, al menos, en aquellos supuestos en los que se constate el cese no culpable e inequívocamente involuntario de un trabajador temporal que desarrollaba las mismas funciones que un trabajador indefinido comparable.

III. VICISITUDES EN EL CONTRATO DE TRABAJO*

3.1. Introducción

El presente informe, a través de la selección varios pronunciamientos judiciales dictados por el Tribunal Supremo, pretende poner destacar aquellas cuestiones más relevantes a nivel judicial español relativas a las vicisitudes en el contrato de trabajo. Concretamente se han analizado cinco sentencias del Alto Tribunal. La selección de estas sentencias ha sido realizada por los propios autores en atención a su conocimiento específico de la materia a tratar. En el primer comentario, se examinan las sentencias del TS de 7 de abril (rec. 2269/2014), 3 de mayo (rec. 3165/2014) y 10 de mayo de 2016 (rec. 2957/2014) referentes a la sucesión de plantillas ex convenio colectivo y exoneración de responsabilidad, donde el tribunal admite que en los supuestos de sucesión de plantilla en actividades “desmaterializadas” impuesto por convenio colectivo, la autonomía colectiva puede disponer de las reglas de responsabilidad que prevé el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. En el segundo comentario, se analiza la sentencia

* Han colaborado en la redacción de este apartado Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Antonio MEGIAS-BAS (Coordinador), Rosa RODRÍGUEZ ROMERO, y Adrián TOLODÍ SIGNES.