

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2015 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
SEGURIDAD SOCIAL

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 43 (2016)

RESUMEN: Este Informe deja constancia de los cambios normativos más relevantes y de las tendencias judiciales más paradigmáticas del ordenamiento laboral en 2015. 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 2015” 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.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo en 2015; jurisprudencia constitucional; jurisprudencia del Tribunal Supremo; modalidades contractuales; extinción del contrato de trabajo; protección social; prevención de riesgos.

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.

* Han participado en la elaboración del presente Informe, Carmen AGUILAR MARTÍN, Henar Álvarez Cuesta, Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO (Coordinador de la sección “Derechos fundamentales inespecíficos”), Ricardo Barona Betancourt, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Inmaculada Baviera Puig, Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, María Angustias Benito Benítez, Carolina BLASCO JOVER, Joaquim CASANOVAS SAINZ, Vanessa CORDERO GORDILLO, Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Alfonso ESTEBAN MIGUEL, Maravillas Espín Sáez, Miriam FERNÁNDEZ MINGO, Olga FOTINOPOULOU BASURKO, Olga GARCÍA COCA, M^a José GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA (Coordinadora de la sección de “Contratación laboral y empleo”), Luis GORDO GONZÁLEZ, David GUTIÉRREZ COLOMINAS (Coordinador de la sección de “Vicisitudes en el contrato de trabajo”), Djamil Tony KAHALE CARRILLO (Coordinador de la sección “De la conciliación a la corresponsabilidad”), Remedios MENÉNDEZ CALVO (Coordinadora de la Sección Juvenil), Patricia NIETO ROJAS, Alexandre PAZOS PÉREZ, Daniel PÉREZ DEL PRADO, Patricia PRIETO PADIN, M^a Isabel RIBES MORENO, Iván Antonio Rodríguez Cardo (Coordinador de la sección de “Seguridad Social”), Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, María SALAS PORRAS, Mariola SERRANO ARGUESO, Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ, Adrián TOLODÍ SIGNES, Juan Alberto TORMOS PÉREZ, Teresa VELASCO PORTERO, Alicia VILLALBA SÁNCHEZ, y Helena YSÀS MOLINERO (Coordinadora de la sección “Derecho colectivo del trabajo”).

De la conciliación a la corresponsabilidad.- VI. Seguridad Social.- VII. Prevención de riesgos laborales.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2015

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 2015. 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 2015", 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.

KEYWORDS: Labour Law in 2015; constitutional case law; Supreme Court's case law; types of contract; termination of the work contract; social protection; occupational risk prevention.

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.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS*

1.1. Introducción

En el ordenamiento español es pacífica la consideración de que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución resultan de aplicación directa a las relaciones privadas, incluyendo el ámbito laboral, sin necesidad de desarrollo legislativo. Así pues, toda una serie de derechos "de ciudadanía", aunque no están concebidos de manera específica para el campo laboral ("derechos inespecíficos") se aplican automáticamente a la relación de trabajo, con algunas matizaciones, sin necesidad de un especial desarrollo normativo. Estos derechos fundamentales del ciudadano que se proyectan sobre la relación laboral serían la prohibición de discriminación; los derechos de intimidad, honor y propia imagen; las libertades de pensamiento y comunicación; la garantía de indemnidad derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, etc.

El desarrollo normativo de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo es muy escaso (y en muchos casos, inexistente), por lo que adquiere una importancia trascendental la doctrina emanada de las resoluciones judiciales, abordando conflictos

* Han colaborado en la redacción de este apartado Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO (Coordinador), Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Olga GARCÍA COCA, y Alexandre PAZOS PÉREZ.

extinción del contrato y el previo ejercicio de una acción judicial por parte de la trabajadora. En todo caso, este voto particular no discrepa de la doctrina aplicada por la mayoría, sino más bien de la concreta valoración de las circunstancias del caso respecto a la carga de la empresa de desvirtuar los indicios de vulneración del derecho fundamental.

1.6. Conclusión

Como viene siendo habitual en los últimos años, durante el año 2015 no se han identificado cambios legislativos que afecten directamente al ejercicio de los derechos básicos de ciudadanía en el ámbito laboral. En cualquier caso, sí que se han producido pronunciamientos de interés por parte del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y algunos Tribunales Superiores de Justicia, que afectan al principio de igualdad, la prohibición de discriminación, el derecho a la intimidad en diversas facetas (protección de datos, reconocimientos médicos, grabación del trabajador...) y la garantía de indemnidad.

Ciertamente, estas sentencias no han supuesto cambios o innovaciones sustanciales en la doctrina jurisprudencial -como sí ha sucedido otros años-; no obstante, el estudio de estos pronunciamientos permite profundizar en la comprensión y en el análisis crítico del discurso general que hacen los tribunales respecto a estos derechos.

II. NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL Y EMPLEO*

2.1. Introducción

Durante el año 2015, y tras la destrucción masiva de puestos de trabajo de los años precedentes, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha sufrido modificaciones de calado con el fin de reducir los problemas más relevantes de nuestro mercado laboral, como son el alto índice de temporalidad, la incapacidad de políticas de empleo para dar una respuesta eficaz a la grave situación de desempleo, así como las altas tasas de paro que afectan especialmente a los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada. Para ello, se ha actuado en una doble dirección. Primero, el uso de la contratación temporal como instrumento de la política de empleo sigue siendo una constante en los debates sobre las reformas laborales, mientras que la doctrina y los Tribunales siguen poniendo de manifiesto la necesidad de evitar la huida del principio de estabilidad en el empleo

* Han colaborado en la redacción de este apartado Carmen AGUILAR MARTÍN, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Carolina BLASCO JOVER, Miriam FERNÁNDEZ MINGO, Olga FOTINOPOULOU BASURKO, M^a José GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA (Coordinadora), María SALAS PORRAS, Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ, y Daniel PÉREZ DEL PRADO.

mediante el control de cláusulas como el período de prueba, de los contratos para el fomento del empleo (contrato en práctica y para la formación) o del uso abusivo de la contratación temporal. Al mismo tiempo que siguen ensayándose fórmulas para fomentar nuevos yacimientos de empleo, como el teletrabajo, sobre el que han recaído importantes pronunciamientos judiciales, o se han producido novedades relevantes sobre la inmunidad de jurisdicción.

Segundo, otra de las vías utilizadas ha sido, como en otras ocasiones, el impulso de la actividad económica, a la que se suma como novedad la creación de normas dirigidas a la agilización de los trámites y a la amortiguación de los costes en caso de fracaso empresarial. De estas disposiciones de fomento del empleo, pueden destacarse el RD. 44/2015, de 2 de febrero, el RD. 127/2015, de 27 de febrero, y el RD 867/2015, de 2 de octubre, que tratan de agilizar las gestiones administrativas de creación y disolución de las empresas mediante los Puntos de Apoyo al Emprendedor. Asimismo, también debe subrayarse el RDL. 1/2015, de 27 de febrero, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, así como la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, pudiendo destacarse el mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer el empleo indefinido dispuesto en la Ley 25/2015. En esta misma dirección, otras disposiciones se han dedicado a mejorar los instrumentos de la política de empleo, que sigue asistiendo a una reordenación de las competencias entre Estado-CCAA o Entes Locales, pudiendo destacarse el RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo o los pronunciamientos judiciales recaídos en la materia, que han tratado de mejorar el estatuto jurídico del demandante de empleo, así la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo, que continua siendo una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema laboral, como se pone de manifiesto en los datos aportados en el último epígrafe de este capítulo.

A estas destacadas novedades en materia de contratación y empleo se dedicarán los siguientes apartados, con la pretensión de indicar las normas o pronunciamientos claves del 2015, analizando estas cuestiones de forma valorativa y crítica.

2.2. El período de prueba, una cláusula contractual revisable

El periodo de prueba actualmente está regulado por el art. 14 del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores aprobado por el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre

(en adelante ET), concretamente dentro del capítulo dedicado al contenido del contrato de trabajo y de la sección destinada a la duración del mismo.

El período de prueba constituye un elemento fundamental dentro del contenido del contrato de trabajo, su buen uso aporta seguridad jurídica a ambas partes, a priori desconocedoras, por un lado, de las aptitudes del trabajador para el desempeño de las funciones y tareas encomendadas y por otro lado, de las condiciones reales del puesto de trabajo que, en caso de ser insatisfactorias para cualquiera de las dos partes, permite rescindir el contrato libremente respetando algunos límites¹.

Desde un punto de vista legal, la regulación sobre este pacto ha evolucionado poco desde el primigenio art. 14 del año 95 hasta la actualidad (veinte años después) y, en esencia no ha cambiado nada, ni la finalidad para la que fue creado², ni tampoco otros parámetros por los que se rige. Los únicos cambios que se han podido apreciar en su regulación son la introducción de un nuevo límite en la duración máxima del mismo para los contratos temporales de duración determinada del art. 15 ET y también la inclusión de algunos supuestos que, añadidos a los ya considerados desde el principio, pueden suponer nuevas causas de suspensión del periodo de prueba si así lo acuerdan las partes, como son: el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia, la paternidad³ y la guarda con fines de adopción⁴.

Básicamente y de forma resumida, el régimen jurídico del art. 14 ET contempla los siguientes aspectos clave:

- Forma: Por escrito. De este modo, es Jurisprudencia reiterada del TS⁵ que el *"período de prueba es de aplicación solamente cuando hubiera sido acordada como pacto "escrito" en el momento de la celebración del contrato"*.

- Duración: El apartado 1 del art. 14 ET regula la duración máxima del mismo en defecto de convenio colectivo. Por lo que, prima la negociación colectiva y, en defecto de la misma, contempla algunos límites temporales en función de: la duración del contrato, de si el puesto a ocupar es para un técnico titulado o no (lo

¹ AGUILAR MARTIN, M. C., Período de prueba: validez de un segundo pacto, en VV.AA, *Hitos jurisprudenciales de 2014 en materia social*, Murcia, Laborum, 2015, pg. 25 y ss.

² Permite que ambas partes, de un modo recíproco, se conozcan profesionalmente para decidir si continúa la relación laboral o si se extingue por no haber superado el período de prueba. Vid. STS de 12 de diciembre de 2008 y de 20 de julio de 2011. También en STS de 12 de julio de 2012 se establece que "la finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado".

³ Supuestos incluidos por el RDL. 16/2013, de 20 de diciembre.

⁴ Este último supuesto ha sido incluido por el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre.

⁵ Vid. STS de 12 de julio de 2012.

que antes denominábamos categorías o clasificación profesional) y de si la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores.

- Objeto y finalidad: Empresario y trabajador están obligados a la realización de *“las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*. Así, tal y como manifiesta el TS en Sentencia de 12 de julio de 2012, *“la finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado”*. Por otro, *“en términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el art. 14 ET, de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos”*.

- Consecuencia jurídica en caso de uso abusivo del pacto: Nulidad. Para limitar su uso, se sanciona con la nulidad del mismo en el caso de que se *“establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresas, bajo cualquier modalidad de contratación”*⁶.

- Derechos y obligaciones: Principio de no discriminación. El apartado segundo de este artículo, establece que el trabajador durante el periodo de prueba tendrá los mismos derechos y obligaciones que un trabajador de plantilla que ocupe el mismo puesto de trabajo, excepto *“los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante el transcurso”*. De este modo, la facultad de desistir, esto es, de extinguir el contrato le corresponde ambas partes⁷. Se puede hacer uso de ella en cualquier momento y sin necesidad de seguir una forma concreta⁸, por lo tanto *“es ejercida libremente y sin preaviso”*⁹, siempre que se respeten los límites temporales establecidos legal o convencionalmente¹⁰ o no se tratara de un desistimiento abusivo discriminatorio

⁶ Sobre esta causa, vid. STS de 14 de enero de 2014.

⁷ Para mayor abundamiento, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2013.

⁸ Vid. STS de 12 de diciembre de 2008.

⁹ Vid. Art. 14.2 ET y STS de 12 de julio de 2012, nº rec. 2789/11.

¹⁰ Vid. STS de 2 de abril de 2007.

o atentatorio a derechos fundamentales¹¹. Además, la extinción por desistimiento dentro de un período de prueba aunque el trabajador afectado estuviera en situación de IT no podía considerarse abusivo o contrario a ningún derecho fundamental¹².

En cuanto a la justificación del cese del trabajador, el TS¹³ ha considerado que *"la libertad de desistimiento durante el período de prueba supone que ni el empresario ni el trabajador tienen, en principio, que especificar los motivos del cese, ni acreditar los hechos o circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida"*.

Además, "a tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre *"las causas (de extinción) consignadas válidamente en el contrato"* art. 49.1.b) ET, no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige "carta de despido" (art. 55.1 ET), ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión (art. 55.4 ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso (art. 49.1.d) ET)".

En cuanto a la discriminación, concretamente a la no discriminación por razón de sexo, el TC en Sentencia de Pleno de 10 de octubre de 2013 concluye que durante el periodo de prueba no es de aplicación el sistema el sistema de tutela objetiva establecido en el art. 55.5 b ET, por lo que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación. En este caso el Tribunal rechazó la pretensión de la trabajadora embarazada de extender la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

- El tercer apartado hace alusión al tiempo de después, es decir, una vez transcurrido el período de prueba *"el contrato producirá plenos efectos"*. Además este tiempo, el que dura el periodo de prueba, sí computará a efectos de antigüedad del trabajador en la empresa.

- Por último, se contemplan varios supuestos¹⁴, ampliados recientemente, que interrumpen el cómputo del periodo de prueba *"siempre que se produzca acuerdo"*.

¹¹ Vid. STS de 12 de noviembre de 2007, nº de rec. 4341/06.

¹² Vid. STC de 16 de octubre, nº 84/1984 y en STS de 3 de octubre de 2008, nº de rec. 2584/07.

¹³ Vid. STS de 12 de julio de 2012.

¹⁴ En la redacción inicial se contemplaban (incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento), después el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, amplió los supuestos a (riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y paternidad) y, en última instancia, el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre ha incluido el supuesto de "guarda con fines de adopción".

entre ambas partes”.

Si bien, la regulación del periodo de prueba no parece plantear muchas dudas, la realidad de los trabajadores es tan variada y rica en supuestos que, en ocasiones, es necesaria la jurisprudencia para solucionar los conflictos planteados. De este modo, los tribunales de justicia han suplido los vacíos dejados por la regulación del periodo de prueba. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, aspectos que han sido interpretados recientemente por los tribunales son los siguientes:

- Validez de un segundo pacto, es decir, *“si, a los efectos de considerar cumplimentado y superado el periodo de prueba, es suficiente con que, antes de la suscripción de un segundo contrato, el trabajador hubiera prestado idénticos servicios previamente en la misma empresa, o si, por el contrario, es necesario, además, que la prestación laboral, sumado el tiempo trabajado al amparo de ambos contratos, supere el período establecido al respecto en la disposición convencional aplicable”*¹⁵. Finalmente, la Sala de lo Social del Alto Tribunal en unificación de doctrina¹⁶, el 20 de enero de 2014 zanja esta cuestión primando el elemento material frente al formal, esto es primando que lo decisivo es que *“ambas partes dispongan del tiempo establecido a estos efectos en el convenio colectivo de aplicación”*, por lo que *“siendo esta finalidad lo relevante, sin que se haya completado el período total durante el que podían realizarse esas “experiencias”, hemos de concluir que, en realidad, no se produjo un despido sino la no superación del período de prueba. Lo crucial es ese “periodo” para comprobar la aptitud del trabajador y no la finalización de una breve relación anterior en absoluto cuestionada”*.

- Validez de un periodo de prueba de un año de duración. Un tema que ha sembrado controversia ha sido el periodo de prueba de un año del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, sobre el que tuvo ocasión de pronunciarse el TC (Pleno) en Sentencia nº 119/2014, de 16 de julio de 2014. Posteriormente, en febrero de 2015¹⁷ el conflicto llega al TJUE, sin embargo éste se declara incompetente para responder si es contrario al Derecho de la Unión, por entender que tal cuestión no está dentro de su ámbito de aplicación. Por el momento, se permite celebrar un periodo de prueba de un año para este tipo de

¹⁵ Vid. FJ de derecho 3º de STS de 20 de enero de 2014, nº de rec. 375/2013. El convenio colectivo establecía un período de prueba de dos meses, mientras que el tiempo acumulado en ambos contratos no excedía ese límite temporal.

¹⁶ La Sentencia de contraste invocada es la dictada por el TSJ de Canarias de 23 de diciembre de 2005, nº recurso 1039/05.

¹⁷ Vid. TJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14.

contratos de trabajo¹⁸.

A modo de conclusión, conviene reflexionar sobre la importancia del uso correcto de la inclusión de esta cláusula en el contrato de trabajo que da comienzo a la relación laboral y que une a empresario y trabajador mediante un débil vínculo, con derecho al desistimiento por ambas partes y con posibilidad de fortalecerse una vez superado éste. Sobre todo, la negociación colectiva tiene un papel fundamental a la hora de acordar los límites para su aplicación.

2.3. El respaldo al contrato de apoyo a emprendedores: las SSTC8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio

2.3.1. Introducción

El contrato indefinido de apoyo a emprendedores fue catalogado como el instrumento “estrella” de la reforma laboral articulada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, un contrato llamado a potenciar la contratación indefinida en las pequeñas y medianas empresas (de menos de 50 trabajadores) de ciertos colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, los jóvenes, las mujeres y los mayores de 45 años. Sus principales bazas, la articulación de toda una batería de bonificaciones a la contratación y su extenso período de prueba de un año de duración. Ahora bien, si nos fijamos meramente en los datos estadísticos¹⁹, no puede decirse que este contrato haya tenido la repercusión que el legislador buscaba, pues al menos en este período de tiempo no se ha conseguido variar, ni tan siquiera muy mínimamente, los perjuicios que el empresariado español posee hacia la contratación indefinida y el consecuente favor por la contratación temporal. Siendo ello así, se torna en extremadamente dificultoso justificar el diseño de este contrato por lo que se refiere, no ya tanto a las bonificaciones a él anudadas, sino a la prolongada duración de su período probatorio, cuestión ésta que, desde su creación, se ha tornado en el punto más controvertido de esta nueva modalidad contractual y sobre el que tanto la doctrina como los tribunales pronto enfocaron su atención. Pues bien, ha sido el Tribunal Constitucional, en sentencia 119/2014, de 16 de julio, el que dio respuesta a las dudas planteadas sobre la constitucionalidad del mismo y el que le ha dado el espaldarazo definitivo a este contrato

¹⁸ Relacionado con este tema, Vid. STS de 4 de noviembre de 2015, nº de rec. 926/2015.

¹⁹ Analizados en BLASCO JOVER, C.: “El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: balance de situación”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 176, 2015, pp. 81-102.

con las sentencias que aquí se comentan, la STC 8/2015, de 22 de enero y la STC 140/2015, de 22 de junio

2.3.2. Los argumentos de las SSTC 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio

El Tribunal considera en estas sentencias y en la línea ya marcada por la STC 119/2014 que el contrato de apoyo a emprendedores -obsérvese la confusión que se plantea entre la figura contractual y una parte del mismo, su período de prueba, que es el elemento controvertido- es legítimo, razonable y proporcionado en atención al “escenario de grave crisis económica” que padece el país y que este contrato, de suyo, está llamado a paliar, eso sí, en la medida de sus posibilidades.

De este modo, se afirma que el contrato persigue una finalidad legítima, como es la de incentivar en las pequeñas y medianas empresas, con mayores reticencias a la hora de incorporar trabajadores a sus plantillas, la contratación estable de los colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, jóvenes, mujeres y mayores de cierta edad. Partiendo de esta premisa es cómo el Tribunal salva el escollo que supone lidiar con las exigencias que derivan de ciertos preceptos constitucionales, destacadamente, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Porque para los magistrados existen poderosas razones, económicas que no jurídicas, para elevar la coyuntura financiera española a parámetro de constitucionalidad con el que limitar los contornos de otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos.

Es, pues, este valor y no otro el que justifica para el Tribunal -cometiéndose aquí el mismo error que ya se apreció en sentencia del año 2014- la aparición de este contrato en el panorama legislativo español. Si lo que se desea es potenciar que las PYMES contraten a trabajadores estables, nada mejor -valga la expresión- que crear un contrato con un período de prueba dilatado que facilite a los empresarios desistir del contrato durante todo un año y ayudarles a superar las reticencias que supone el hacer uso de la contratación indefinida. Un año, además, que no resulta ser modulable por la negociación colectiva, porque, de nuevo se insiste en que, si lo que se pretende es potenciar la creación de empleo estable, mal encajaría ello con el hecho de los que los interlocutores sociales pudieran acortar la duración del período probatorio y frustrar con ello la finalidad pretendida por el legislador.

Es más, dada la conexión que se plantea entre el contrato de emprendedores, la coyuntura económica y el fomento del empleo estable, no se tiene reparo alguno en

acometer una revisión profunda y a todas luces desproporcionada de aquello que debe ser el período de prueba. Si esta institución fue creada para permitir al trabajador y al empresario la experimentación mutua de las tareas objeto de prueba, ahora resulta que, en el supuesto del contrato de apoyo a emprendedores (¿se extenderá a más contratos?) el período de prueba sirve, además, para valorar si el puesto de trabajo es viable económicamente y ponderar, por ende, los riesgos que supone la contratación indefinida. Desde luego, no hace falta agotar argumentos para sostener lo polémico e inadecuado, desde el punto de vista jurídico, de la redefinición de una institución de tan clara finalidad como la del período de prueba. Tal vez desde una perspectiva económica podría estarse de acuerdo con este planteamiento. Ciertamente, una pequeña o mediana empresa sí que puede encontrarse en la difícil tesitura de tomar la decisión de contratar o no a un trabajador al no tener la seguridad de que el puesto de trabajo ofrecido pueda mantenerlo económicamente. Pero, si nos ajustamos a la estricta perspectiva jurídica, no se entiende el modo de razonar de los magistrados... a no ser que su objetivo haya sido forzar, a cualquier precio, el encaje constitucional del período de prueba en el contrato de emprendedores, llegando, para ello, hasta el extremo de plegar el instituto probatorio a elementos puramente economicistas y desvirtuando con ello la que debe ser su verdadera finalidad. No obstante y sea como fuere, lo cierto es que este modo de retorcer el instituto probatorio le da pie al Tribunal para negar que el contrato de apoyo a emprendedores contradiga las exigencias derivadas del principio de igualdad, en tanto que, aunque ciertamente el legislador habría fijado un período de duración de un año para todos los trabajadores sin distinguir por su categoría o circunstancias, ello se encontraría más que justificado por el hecho de que el alargamiento del período de prueba en este contexto serviría, como se ha dicho, no sólo para permitir el mutuo conocimiento entre las partes, sino que, además, contribuiría a medir la sostenibilidad económica del puesto de trabajo ofertado y su mantenimiento en el tiempo.

Y, de nuevo, en fin, es el argumento de la crisis económica y de la dificultad de crear empleo en estas condiciones el que hacen sostener a los magistrados que el contrato en sí es razonable y proporcionado. Así, se defiende, en primer lugar, que hay que ponderar la contribución de este contrato al bienestar general si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas a la situación de desempleo. Lo que implica, básicamente, reconocer que existe un adecuado sacrificio entre la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar el alargamiento del período de prueba para el interés colectivo del fomento y creación de empleo estable. En segundo lugar, se alega la naturaleza perentoria del contrato de apoyo a emprendedores (a concertar hasta que la tasa de desempleo en España baje del 15%), lo que de por sí implica que no se va a prolongar indefinidamente

en el tiempo la posibilidad de someter al trabajador a un año de prueba. Y, en tercer lugar, se entiende que este contrato es una modalidad contractual compensada, pues al tiempo que se instaura un período de prueba tan dilatado, se prevén importantes cautelas para obtener los beneficios económicos que se derivan del mismo (las obligaciones de mantenimiento del empleo) y se le otorga al trabajador la posibilidad de compatibilizar el salario recibido con la prestación contributiva por desempleo o, en caso contrario, de mantener el derecho a su percepción una vez finalizado el contrato.

Por lo demás y en cuanto a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, señala el Tribunal, en consonancia con el planteamiento que hasta el momento había seguido de facilitar (o forzar) el encaje constitucional del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores, que ninguna quiebra con el derecho al acceso a la justicia se aprecia puesto que el trabajador siempre podría acudir a los Tribunales para impugnar decisiones empresariales de desistimiento del contrato durante el período de prueba, eso sí, que resultasen vulneratorias de derechos fundamentales.

Es, pues, con estos argumentos con los que el Tribunal Constitucional avala de nuevo la inclusión en el panorama legislativo laboral del contrato de apoyo a emprendedores y de su período de prueba de un año de duración. Argumentos que resultan, no obstante, más bien endeble y de muy relativo valor jurídico, ya que se sustentan en un escenario económico adverso que muy dudosamente es elevado a parámetro de constitucionalidad sobre el que construir la limitación a derechos constitucionales que poseen un contenido esencial que debe respetarse y no desvirtuarse cuando resulte conveniente, como bien y muy razonadamente se señala en el voto particular que contiene la STC 8/2015. Y argumentos, en fin, que tampoco se sostienen de realizarse una lectura cabal de las principales normas internacionales que resultan afectadas (señaladamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada, el Convenio nº 158 OIT y la Carta Social Europea.). Por todo ello, no puede más que concluirse que lo que procede, antes que otra cosa, es una declaración de inconstitucionalidad del apartado tercero del art. 4 Ley 3/2012 y la consiguiente reforma del precepto en un sentido tal que se logre el adecuado equilibrio entre los intereses del empresario y los derechos del trabajador, que, ciertamente, no pueden quedar menguados bajo el pretexto de una situación de crisis económica.

2.4. Los contratos temporales estructurales, y el contrato indefinido fijo no de plantilla como solución judicial a las irregularidades del sector público

2.4.1. Planteamiento general

Con una tasa de temporalidad muy superior a la media europea, las modificaciones legislativas y los pronunciamientos judiciales de este año han incidido, como en otras ocasiones, en los denominados contratos temporales estructurales (obra o servicio determinado, interinidad y eventual), con el fin de reforzar el principio de estabilidad en el empleo (Directiva 70/1999/UE y el art. 15 TRET), controlando el uso abusivo y fraudulento de los contratos temporales, especialmente en el conocido como sector público, pudiendo destacarse las siguientes normas.

Por un lado, el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24-10-2015), en adelante TRET, que entró en vigor el 13 de noviembre, ha establecido una previsión con carácter general para todos los contratos de trabajo en el art. 8.3, por la que el empresario estará obligado a comunicar en el plazo de 10 días a la Oficina de Empleo el contenido de los contratos de trabajo y las prórrogas, dado que el art. 8.3 del ET disponía: “posteriormente, dicha copia básica” (y no contenido del contrato) “se enviará a la oficina de empleo” (sin plazo), y tampoco se hacía referencias a las prórrogas, lo que facilita el control de los contratos temporales estructurales. En segundo lugar, el TRET ha modificado el régimen de derecho transitorio contenido en el antiguo ET, con el objetivo de asegurar los derechos y las situaciones consolidadas, introduciendo una nueva disposición primera, lo que tiene su trascendencia a los efectos de los contratos temporales estructurales, en lo que aquí interesa, dada la corta duración de las relaciones establecidas en virtud de estas modalidades contractuales. Además, las modificaciones más relevantes del TRET se concentran en la alteración de las disposiciones adicionales y transitorias, concretamente las 13 disposiciones transitorias del ET pasan a ser 12 disposiciones en el TRET, y en su conjunto, 10 de las 12 nuevas disposiciones transitorias se dedican a contratos temporales y extinciones de contratos, refiriéndose concretamente 4 disposiciones a los contratos temporales estructurales²⁰.

²⁰ Primero, la DA 3ª tiene un nuevo contenido: “lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”. Segundo, la DA 4ª (modalidades contractuales y negociación colectiva) precisa que la duración máxima de los contratos para obra o servicio determinado se realizará teniendo en cuenta lo dispuesto en los convenios colectivos antes del 19 de septiembre de 2010). Tercero, la transitoria quinta (referida al encadenamiento de contratos) dispone que “1. lo previsto en el artículo 15.5 será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 18 de junio de 2010. 2. Respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes del 18 de junio de 2010, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, siempre que los contratos se hubieran celebrado a partir del 15 de junio de 2006. Respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes de 15 de junio de 2006, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el

Por otro lado, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015) establece, en el marco de un contexto de contención presupuestaria y mantenimiento de una rígida tasa de reposición que únicamente ha experimentado un ligero crecimiento, que la contratación será siempre excepcional en las empresas públicas, lo que incide en la conversión de los contratos temporales en los contratos indefinidos en este ámbito, así como en la concertación de nuevas relaciones laborales.

Junto a estas modificaciones normativas, los pronunciamientos judiciales recaídos en 2015 han incidido, como antes de indicó, igualmente en los contratos temporales estructurales, con el alcance que se analiza en los siguientes apartados por modalidades contractuales, debiendo destacarse algunos pronunciamientos relevantes de carácter general, que han afectado a los contratos temporales estructurales. Por un lado, algunos pronunciamientos han recordado la doctrina sobre la “unidad esencial del vínculo laboral”, con el fin de extender la antigüedad del contrato a todo el período trabajado cuando existe sucesivas contrataciones temporales de corta duración, sin tener en cuenta pequeñas interrupciones (en concreto uno de los casos hacía referencia a 45 días) a los efectos del cómputo, STS, Sala de lo Social, de 15 de mayo de 2015 (rcud. nº 878/2014), añadiéndose la antigüedad causada mediante el contrato temporal al tiempo que prestó servicios con el contrato indefinido, STS, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2015 (rcud. 2400/2015). Por otro lado, se ha entrado también a conocer sobre la suspensión de la disposición 15.5 ET, para denegar la aplicación de la regla de transformación de los contratos temporales de larga duración y/o sucesivos, dada la suspensión del art. 15.5 ET realizada por el art. 5 del RDL 10/11 de 26 agosto, y el art. 17 de la Ley 3/12, destacando como exponente de esta posición la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de enero de 2015 (rec.sup. 795/2014).

2.4.2. *Contrato para obra o servicio determinado*

Pensado para acordar “la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa”, de duración limitada en el tiempo y generalmente incierta [art. 15.1.a) TRET], los pronunciamientos judiciales del año 2015 han conocido nuevamente sobre contratos para obra o servicio

vigente a 15 de junio de 2006. 3. A los efectos de lo establecido en el artículo 15.5, quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta meses a que se refiere el citado artículo 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”. Y cuarto, la disposición transitoria decimotercera (sobre indemnización por finalización de contratos temporales) incluye la previsión de que las indemnizaciones recogidas en este precepto no se aplicarán en el caso de extinciones producidas antes del 4 de marzo de 2001.

determinado en los que no queda suficientemente delimitado el objeto del contrato, bien porque quedaban condicionada su duración al percibo de subvenciones, STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 mayo de 2015 (rec.supl. 1712/ 2015), o bien en los que se identificaba de manera genérica sucesivos contratos de obra o servicios vinculados a diversos proyectos no individualizables, STSJ Madrid, Sala de lo Social, 3 julio de 2015 (rec.sup. nº 382/2015), o bien cuando se produce una concatenación de contratos para obra o servicios determinados que superan lo dispuesto en el art. 15 TRET, STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2015 (rec. 468/2014), para calificarlos como no conformes a derecho. Por otro lado, los pronunciamientos judiciales también han vuelto a incidir en la descentralización productiva (Contratas y Empresas de Trabajo Temporal) cuando utilizan el contrato para obra o servicios determinados para soportar estas formas de organización empresarial, considerando que existe cesión ilegal de trabajadores si emplean esta modalidad contractual cuando la prestación de servicios debía organizarse de manera distinta por tratarse de actividades permanentes, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 3 julio de 2015 (rec.sup. 382/2015), cuando la empresa contrata no tiene sustantividad propia, y los trabajadores realizan mediante el contrato para obra o servicio la misma actividad que los trabajadores de la empresa principal, STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2015 (rec.sup. 2424/2014), o cuando se produce el cese de un trabajador con contrato para obra o servicios determinado, calificando la extinción contractual como despido improcedente, si se continua la actividad de la contrata, STS, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2015 (rcud. 1016/2014) y STS, Sala de lo Social, de 20 de mayo de 2015 (rcud. 699/2014).

2.4.3. *Contrato eventual*

Igualmente, la falta de delimitación del objeto del contrato de trabajo ha suscitado pronunciamientos judiciales en relación con el contrato eventual, que se utiliza, como es conocido, para atender la acumulación de tareas o el exceso de pedidos [art. 15.1.b) TRET], cuando la actividad no estaba basada en la concurrencia de circunstancias excepcionales u ocasionales, sino que se utilizaba este contrato para cubrir trabajos de carácter intermitente o cíclico, con intervalos temporales de cierta homogeneidad, STS, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 2015 (rcud. nº 343/2014). También se ha vuelto a suscitar el deslinde entre el contrato eventual y el contrato de interinidad, en lo que hace a la modalidad contractual que debe emplearse para la cobertura de las vacaciones cuando la misma plaza había sido atendida previamente mediante un contrato de interinidad, pudiendo utilizarse ambas modalidades contractuales, aunque se reitera que el contrato eventual resulta más adecuado para cubrir estas situaciones, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de enero de 2015 (rec.sup. 795/2014). Pudiendo

destacarse igualmente, por lo que se refiere a los derechos de los trabajadores eventuales, la STJUE de 9 de julio de 2015 (C-177/14) *Regojo Dans*, donde se considera contrario al Derecho de la UE que no perciban los trienios a los que tienen acceso los funcionarios.

2.4.4. Contrato de interinidad

De acuerdo con el art. 15.1.c) ET, el contrato de interinidad se emplea para "sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución" o "cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva". Sin embargo, debe destacarse, en relación con las novedades judiciales de 2015, la contradicción existente entre varios pronunciamientos judiciales que han conocido acerca de si pueden concertarse sucesivos contratos de interinidad con la misma persona. Por un lado, la STS, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2015 (rec. 2349/2014) interpretó que la concatenación de sucesivos contratos de interinidad obstaculiza la independencia de los distintos contratos, aunque existan causas justificativas para celebrarlos, apreciando por este motivo el fraude de ley. No obstante, otros pronunciamientos judiciales, entre los que puede destacarse la STS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2015 (rec. 394/2013), han considerado, en relación con los Jueces y Magistrados sustitutos, que la renovación temporal sucesiva del sustituto, al existir un proceso de cobertura reglado que no supera al trabajador interino, por lo que es conforme a Derecho.

Junto a los anteriores pronunciamientos, nuevamente se ha conocido sobre la extinción de los contratos de interinidad cuando se produce la amortización de la plaza, reforzando la línea judicial instaurada con la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), recordando que, de acuerdo con la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), estas extinciones deben realizarse mediante las reglas del despido, en aplicación de la disposición adicional 20 ET, STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2015 (rec. 2186/14), calificando dicha extinción como nula cuando no se respeta los trámites del despido colectivo²¹, o como improcedente cuando se trata de un despido objetivo²². Todo lo que ha venido a reforzar esta interpretación judicial, al rechazar los recursos planteados sobre pronunciamientos anteriores a la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), recordando la necesidad de acudir al despido, sin que pueda

²¹ STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2015 (rcud. 2186/14) y STS, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2015 (rcud. 1569/2014).

²² STS, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2015 (rcud. 2244/14).

extinguirse por las causas consignadas en el contrato de trabajo, por tratarse de la anterior doctrina que la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) rectifica²³. También han conocido sobre la extinción del contrato de interinidad en caso de cobertura de la vacante, considerando que el contrato se extingue por condición resolutoria, sin que sea necesario acudir al despido, y sin que se generen derechos indemnizatorios, STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo 2015 (rec. 2552/2014).

2.4.5. Contrato indefinido no fijo de plantilla en el empleo público

Creado como forma de solucionar la contratación temporal irregular en la Administración Pública por el TS, y confirmada por el TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14) la necesidad de adecuarse a la regulación de las Directivas europeas adoptando medidas para que esta solución sea más eficaz, sobre todo en el caso de concatenación de contratos temporales, la interpretación sentada por la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) antes citada también se ha aplicado al contrato indefinido no fijo de plantilla²⁴, entrando igualmente a conocer los pronunciamientos judiciales de 2015 sobre la extinción en la amortización de la plaza y la cobertura de la vacante. Por lo que se refiere a la amortización de plazas, algunos pronunciamientos vuelven a la tesis de la condición resolutoria, por entender que los cambios introducidos en la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) y la DA 20ª ET, al tratarse de situaciones anteriores, no resultan aplicables²⁵. Además, las posiciones también han sido divergentes en lo que se refiere a la calificación judicial, apreciando unos la nulidad, por la propia existencia del fraude de ley en relación con el contrato temporal que es calificado como indefinido no fijo, por no haber seguido el procedimiento del despido colectivo²⁶, o por aplicación de la garantía de

²³ STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015 (rec. 545/2015) y STS, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2015 (rcud. 2812/2014).

²⁴ Este pronunciamiento resuelve las dudas suscitadas en cuanto a su resolución, que parten de la STS, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002 (rcud. 2591/2001), donde se aplicaba la condición resolutoria, produciéndose en 2013 diversos pronunciamientos judiciales contradictorios, unos que se referían a la condición resolutoria (STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012), otros que entendían que se trataba de un término, por lo que era necesario acudir al despido para extinguir estos contratos.

²⁵ STS, Sala de lo Social, 26 de enero 2015 (rec. 3358/2013), STS 17 de marzo 2015 (rec. 753/2014), STS, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2015 (rcud. 376/2014), entre otras, lo que ha llamado la atención de la doctrina, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: ¿Límites a la aplicación retroactiva del cambio de doctrina de indefinidos no fijos? (STS 17 de marzo 2015, rec. 753/2014), <http://ignasibeltran.com/>.

²⁶ STS, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2015 (rec. 2186/2014), STS, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2015 (rec. 391/2014), STS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015 (rcud. 2598/2014) y STS, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2015 (rcud. 2405/2014).

indemnidad²⁷; mientras que otros califican la extinción como improcedente con el nacimiento de la indemnización del art. 56 TRET²⁸. En este contexto, los pronunciamientos judiciales de 2015 han creado una nueva solución a la resolución de los contratos indefinidos no fijos de plantilla, aplicando la denominada extinción “por imperativo legal” cuando el cese se funda, como ha sucedido en relación con los promotores de empleo del Servicio Andaluz de Empleo, en una causa legal, evitando con esto que se califique como despido y por tanto sea declare la nulidad por no seguir el procedimiento, y calificando estas extinciones como improcedentes, STS, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2015 (rcud. 1235/2014) y STS, Sala de lo Social, de 22 de octubre de 2015 (rcud. 2859/2014).

Sin embargo, los pronunciamientos judiciales de 2015 no han aplicado esta solución para la extinción de contratos cuando se produce la cobertura de la vacante por el procedimiento regular previsto, aclarando que la extinción de estos contratos sigue rigiéndose por la condición resolutoria, STS, Sala de lo Social, 18 de mayo de 2015 (rcud. 2135/2014)²⁹. Declarándose conforme a Derecho cuando se produce la reincorporación del trabajador sustituido, STS, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2015 (rcud. 2156/2014), o no se supera el proceso selectivo previsto, STS, Sala de lo Social, de 9 marzo 2015 (rcud. 892/2014)³⁰. Como novedad, el ATS de 14 de mayo de 2015, que aclara la STS de 31 de marzo de 2015 antes citada, determina que le corresponde una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el art. 49.1 c) ET, cuando se produce el cese de un trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla mediante la cobertura de la plaza, siendo confirmado este criterio por la STS,

²⁷ STS, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2015 (rcud. 2217/2014), STS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015 (rcud. 2598/2014); STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2015 (rec.3555/2014) y STS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2015 (rec.3799/2014).

²⁸ STS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2015 (rcud. 51/2014), STS, Sala de lo Social, de 9 de abril de 2015 (rec. nº 2582/2014), STS, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2015 (rcud. 1080/2014), STS, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2015 (rcud. 1200/2014), STS, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2015 (rcud. 2003/2014), STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2015 (rec.3648/2014) y STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2015 (rec.2824/2014).

²⁹ STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2015 (rcud. nº 2154/2014), STS, Sala de lo Social, de 6 octubre de 2015 (rcud. 2592/2014) y STSJ de Madrid y Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2015 (rec.sup. 475/2015).

³⁰ STS, Sala de lo Social, de 10 marzo 2015 (rcud. 1363/2014), STS, Sala de lo Social, de 14 abril 2015 (rcud. 2085/2014), STS, Sala de lo Social, de 16 abril 2015 (rcud. 1100/2014), STS, Sala de lo Social, de 16 abril 2015 (rcud. 1565/2014), STS, Sala de lo Social, de 24 junio 2015 (rcud. 1730/2014), Sala de lo Social, de 1 de julio de 2015 (rcud. 1092/2014), STS, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2015 (rcud. 2595/2014), STS, Sala de lo Social, de 21 julio 2015 (rcud. 2672/2014), STS, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2015 (rcud. 2869/2014) y STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015 (rec.1702/2014).

Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2015 (rcud.2592/2014), con lo que parece iniciarse una solución a la desprotección del trabajador en estos casos ³¹.

2.5. Avances sobre la in evolución de la reforma del art. 13 ET en la gran transformación del trabajo. Del trabajo a domicilio al trabajo a distancia (2015)

2.5.1. Introducción

De entre las reformas puestas en marcha en el año 2012 mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante Ley 3/2012), la del art. 13 ET es de las que menos atención ha recibido tanto por parte del legislador como por los estudiosos del Derecho del Trabajo. La razón es bien sencilla, dado que la reforma afectó a una modalidad de trabajo, formalizada como contrato de trabajo, cuya realización es difícil de detectar al incluirse entre las prestaciones de servicios ocultas o integrantes de la economía informal y/o trabajo negro: el trabajo a domicilio.

La reforma del art. 13 ET de 2012 fue más programática que real, y se ha quedado en una declaración de intenciones dentro del Preámbulo de una de las leyes quizás más “reformistas” del Derecho del Trabajo español. No obstante, la doctrina judicial y jurisprudencial ha sido la que con sus pronunciamientos ha logrado la aplicación de un “denostado” art. 13 ET cuando los particulares lo han requerido al reclamar la necesaria protección de la relación laboral a distancia. Aún así, no es que nos hallemos ante un “levantamiento del velo del trabajo a domicilio o trabajo a distancia” por parte de esta instancia, algo que sería deseable y posible si el legislador hubiera hecho realidad las pretensiones y buenas intenciones reflejadas en el preámbulo de la citada Ley 3/2012, de cara a lograr la ansiada modernidad de las normas acorde con los nuevos tiempos tecnológicos. En esta materia las sentencias del año 2015 no son un dato significativo para realizar este apartado del informe, dado que el estudio del art. 13 ET supone atender a un tipo de trabajo que, si bien hoy no es el más común, será el más generalizado en un futuro próximo si tenemos en cuenta los avances de las nuevas tecnologías digitales que están creando nuevas formas de trabajo digitalizado.

En el informe de Eurofound 2015 se identifican “formas de empleo que son nuevas o que han adquirido una importancia creciente desde el año 2000. Aunque son distintas

³¹ ARENAS VIRUEZ, M. “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales*, nº 120, 2015, pp. 167-168; PÉREZ DEL PRADO, D.: “El indefinido no fijo”, en VVAA: *Hitos jurisprudenciales de 2014 en materia social*, pp. 190. A favor del nacimiento de derechos indemnizatorios, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: “Extinción de indefinidos no fijos por cobertura de plaza: ¿indemnización por extinción si o no?”, <http://ignasibeltran.com/>.

entre sí, en todas aumenta la flexibilidad para las empresas, para los empleados, o para ambas partes". Como es obvio, estas nuevas formas de empleo necesitan mecanismos legales de seguridad para los trabajadores desde el ámbito jurídico laboral³². El título de esta parte del informe incluye una denominación que no se encuentra definida por la Real Academia Española (RAE), pero proviene de la combinación de la palabra evolución (los cambios) e involución (detención y retroceso de una evolución social del trabajo). La denominación del trabajo a domicilio ha desaparecido para incluirse en el denominado trabajo a distancia, concepto que actúa como "cajón de sastre" (¿o deberíamos decir "cajón *desastre*"?) mediante una inadecuada interpretación del Convenio 177 OIT sobre el trabajo a domicilio³³, que ha abogado por la desaparición, en vez de por la adaptación, del conocido contrato de trabajo a domicilio. Puede que *in evolución* sea una palabra inexistente, pero está dentro de la realidad del trabajo a distancia realizado manualmente o artesanalmente en el domicilio o en otro lugar o a distancia mediante las nuevas tecnologías digitales o mediante el trabajo robotizado. Los nuevos trabajos existen en la realidad, pero son inexistentes o permanecen ocultos para el legislador o regulador de las prestaciones dependientes y por cuenta ajena³⁴. Y mientras esta realidad no sea tenida en cuenta por la disciplina laboral atendiendo a la gran transformación del trabajo, hablaremos de crisis o desaparición del Derecho del Trabajo. No nos cabe la menor duda de que el Derecho del Trabajo no va a desaparecer sino que, más bien al contrario y como de costumbre evolucionará aunque desaparezcan viejos postulados, siempre que se respeten las "líneas rojas" del Derecho del Trabajo como, por ejemplo, los principios informadores del Derecho del Trabajo así como el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Estas reflexiones nos conducen a tratar el papel que en el año 2015 han tenido los tribunales en relación con el reformado art. 13 ET, contrato de trabajo a distancia, para lo que vamos a examinar a continuación varias sentencias al respecto.

³² Véase el estudio de Eurofound, *Nuevas formas de empleo*, 2015, EMCC, 2015 en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/executive-summary/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment-executive-summary> (última visita 19-12-2015).

³³ La expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; a cambio d una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales y otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales (art. 1, C. OIT 177).

³⁴Según la UE si Europa no actúa a nivel europeo y nacional, de aquí a 2020 faltarán 900.000 profesionales informáticos, en Comisión Europea, Agenda Digital para Europa. Relanzar la economía europea, Bruselas, 2014, p. 5 en http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/digital_agenda_es.pdf (última visita 19-12-2015).

2.5.2. La existencia de relación laboral y la relevancia de la nota de la subordinación

En relación con la existencia de relación laboral, nos encontramos con dos sentencias de cierta relevancia: una del TSJ de Cataluña, de 12 de enero 2015 (Rec. 4797/2014), y otra de Navarra, de 15 de diciembre 2014 (Rec. 520/2014). En el primer caso se trata del reconocimiento de la existencia de relación laboral entre una empresa televisiva catalana y un traductor que desde el año 1995 realizaba encargos mediante un contrato de servicios, por períodos cuya duración podía ser de meses o días, siendo su objeto siempre el mismo, es decir, realizar traducciones y transcripciones. Mediante este contrato el trabajador se comprometía a prestar el servicio personalmente sin poder ser sustituido por otra persona, quedando los trabajos realizados en propiedad de la empresa televisiva y estableciéndose que la empresa no quedaba obligada a grabar ni a emitir el producto que se derivaba de la prestación contratada. Estamos ante un supuesto tradicional de prestaciones a domicilio que requieren cierta presencia en los locales de la empresa (en este caso, por ejemplo, una vez a la semana en horario fijo), puesto que el resto de los encargos los realiza el trabajador desde su propio domicilio y utilizando su propio ordenador. Sin duda alguna estamos ante un supuesto de hecho tradicional en trabajos a domicilio realizado mediante las nuevas tecnologías que no es novedoso en la jurisprudencia social. No obstante, resaltamos la relevancia de la nota de la subordinación laboral como característica esencial del contrato de trabajo, porque es necesario “que el trabajador se halle comprendido en el círculo organizativo y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS 7 de noviembre 1985 y 9 de febrero 1990)”³⁵. Es obvio que para que exista relación laboral es necesario que concurren las notas caracterizadoras de la misma (art 1 ET), sin que sea suficiente la mera realización de una determinada prestación por cuenta ajena, teniendo en cuenta que la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, sino por el contrario flexible, bastando para ello con que el trabajador esté dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona denominada empleador. Como se ha dicho más arriba, ésta no es en sí misma una sentencia novedosa. No obstante, en la era de la digitalización recobra cierta importancia desde el momento en que es la nota de la subordinación laboral la que justifica la existencia de relación laboral que, junto a la técnica jurisprudencial de los indicios de la laboralidad de una prestación de servicios, permite que los jueces puedan modular la subordinación de acuerdo con la realidad social, en este caso, tecnológica y digital del trabajo.

³⁵ FJ nº 3, STSJ 12 de enero 2015 (Rec. 4797/2014).

Por ejemplo, en el año 2015 un Tribunal de lo Mercantil de Madrid suspendió la actividad de UberPop ante una reclamación de la patronal del taxi por competencia desleal, entre otros motivos. Uber es una empresa de Google con presencia en todo el mundo que se dedica a ofrecer servicios de transporte de pasajeros por conductores de vehículos particulares mediante una aplicación o *app* instalada en los móviles inteligentes. Esta actividad ha provocado protestas de la industria del taxi en todo el mundo, y aunque hay países como España que han suspendido su actividad (al igual que en Francia, Bélgica o algunos estados de EEUU), en otros como el Reino Unido, México y la India están actuando legalmente. A efectos laborales el problema que se plantea es si cabe apreciar que constituye una relación laboral el vínculo de los conductores privados que ofrecen sus automóviles para realizar esta actividad mediante la *app*, que es la que establece las condiciones del servicio, cobrando un tanto por ciento por la “mediación” y el coste del trayecto en su totalidad. Recientemente el BOE ha publicado una serie de modificaciones a la normativa de transporte que abre la posibilidad de que esta empresa pueda actuar mediante conductores privados, como autónomos que hayan obtenido la licencia de VTC, personas o empresas que dispongan de licencias de vehículos con conductor³⁶. El problema se ha resuelto exigiendo a los conductores que sean profesionales, es decir, autónomos o empresas que tengan la correspondiente autorización administrativa de transporte, por lo que la empresa Uber ha optado por el agrupamiento de trabajadores aparentemente profesionalizados (autónomos) que, con el paso del tiempo pueden convertirse en trabajadores autónomos económicamente dependientes o, aunque es difícil, en trabajadores asalariados. No nos cabe la menor duda de que los casos dudosos se encuadran dentro del problema de las fronteras del Derecho del Trabajo (trabajo asalariado y trabajo autónomo económicamente dependiente) donde habrá que ver la tendencia de flexibilidad a la que ha llegado hasta ahora la nota de la subordinación laboral. Si, en su caso, habrá un acercamiento hacia la nota de la dependencia económica (trabajo autónomo) o a la jurídica (trabajo asalariado). Entiendo que en caso de conflictividad serán, de nuevo, los tribunales los que tendrán el papel protagonista en torno a la nota de la subordinación.

En relación con esto mismo, traemos a colación la segunda sentencia que hemos mencionado más arriba, la STSJ Navarra 15 de diciembre de 2014 (Rec. 520/2014) que reconoce la existencia también del carácter laboral de una trabajadora autónoma que

³⁶ RD 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE de 21 de noviembre de 2015), RD1055/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por RD 818/2009, de 8 de mayo (BOE de 21 de noviembre de 2015).

prestaba trabajos de contenido similar a los realizados con anterioridad cuando estaba empleada en la misma empresa pero como trabajadora asalariada y posteriormente contratada como trabajadora autónoma (análisis de sentencias, revisión de monografías y análogos desde su propio domicilio). En este caso el tribunal declara la existencia de concurrencia de los requisitos esenciales del contrato llevando a cabo una interpretación flexible de la nota de la dependencia en los términos que hemos visto en la anterior sentencia.

2.5.3. La reducción de jornada por guarda legal de un menor y la extinción del contrato de trabajo en el teletrabajo

Con respecto al tiempo de trabajo, en el año 2015 destaca el pronunciamiento de un Tribunal de Cantabria respecto a la reducción de jornada por guarda legal de un menor, dado que es posible acordar que la jornada laboral se complementará mediante el teletrabajo que realice el trabajador diariamente, “sin perjuicio de que la jornada laboral pueda ser, previo mutuo acuerdo, complementada con otras gestiones que tenga que realizar la trabajadora fuera del horario preestablecido (viajes, ampliaciones puntuales del horario, visitas...) y, por supuesto, no conlleve la realización de horas extraordinarias (STSJ Cantabria 28 de abril 2015, Rec. 152/2015).

En relación con la extinción del contrato de trabajo, cabe mencionar las sentencias que nos remiten indirectamente al trabajo a distancia, realizando alguna mención al teletrabajo, tanto en los procesos de despidos por causas objetivas (art. 52 ET) como en los despidos colectivos en empresas con dificultades (art. 51 ET). Así, por ejemplo, cuando existe “una clara causa objetiva, que justifica la medida extintiva al precisarse menos empleados para desempeñar la actividad (...)” se ha por acreditado que las funciones de la recurrente se han distribuido entre los 5 coordinadores a los que daba soporte (aunque en la práctica la redistribución se realizase solo con dos coordinadores, porque los otros se encuentran en situación de baja en IT de larga duración, y otra trabajadora presta servicios en régimen de teletrabajo), el tribunal ha declarado que con ellos ha sido suficiente para realizar el trabajo de la recurrente (STSJ Madrid 28 de octubre 2015, Rec. 592/2015). E igualmente en aquellos casos que se alega la causa técnica que justifica la medida extintiva del art. 51 ET, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción y se haya adoptado previamente al teletrabajo para disminuir la carga y el tiempo de trabajo en la empresa (SSTSJ Cantabria 2 de octubre 2015, Rec. 575/2015; 28 de septiembre 2015, REC. 603/2015). No obstante en muchas ocasiones, no son suficientes las medidas de política

de reducción generalizada de gastos que acometen las empresas como, por ejemplo, mediante un cierre de un centro de trabajo convirtiendo el contrato de trabajo en prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Dado que si persiste la crisis de empresa cabrá realizar la extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 51 ET. En estos casos la empresa puede alegar, por ejemplo, causa económica siempre que amortice el puesto de trabajo del trabajador despedido realmente y no sea ocupado por otro trabajador, pues en ese caso cabría calificar la improcedencia del despido (STSJ Madrid 25 de mayo 2015, Rec. 171/2015). En lo que respecta a la representación de los trabajadores es importante resaltar que cuando una Sección Sindical decide no renovar un acuerdo de teletrabajo suscrito entre la empresa en contra de la voluntad de los teletrabajadores, los representantes de los trabajadores pueden ser revocados del mandato conforme el procedimiento previsto en el art. 77 ET (STSJ Andalucía 6 de mayo 2015, Rec. 421/2015).

2.5.4. La compatibilidad del teletrabajo con la prestación económica por IPA/GI

Por último, en materia de Seguridad Social es digno de destacar que los tribunales vienen confirmando la compatibilidad de actividad laboral con la prestación económica por incapacidad permanente absoluta, dado que la jurisprudencia más reciente del TS ha declarado “la plena compatibilidad de la pensión por IPA/GI con el trabajo remunerado en jornada ordinaria” y que atiende a la actual realidad social desatada por las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo que consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa a quienes se encuentran en situación de IPA (STSJ Madrid 23 de septiembre 2015, Rec. 202/2015 en los mismos términos que las SSTs 23 abril de 2009, Rec. 2512/2008; 30 de enero 2008, Rec. 480/2007; 10 de noviembre 2008, Rec. 58/2008. En otros casos se ha denegado la revisión del grado de IPA cuando el trabajador no carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral (...) STSJ Santa Cruz de Tenerife 18 de junio 2015, Rec. 969/2014.

2.5.5. Conclusión

En conclusión, aunque los tribunales no han realizado grandes pronunciamientos que vengán a cubrir la insuficiente regulación del art. 13 ET, el papel de los jueces sigue siendo determinante cuando se trata de reconocer la existencia o no de relación laboral en la prestación de servicios realizada a distancia por un trabajador de acuerdo con los indicios de laboralidad y la interpretación flexible de la nota esencial que caracteriza la existencia de contrato de trabajo: la subordinación.

2.6. Novedades en materia de competencia judicial internacional y contrato de trabajo durante el año 2015

2.6.1. Introducción

El año 2015 ha arrojado un buen número de novedades legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales que afectan de manera directa o indirecta a distintas parcelas en las que se divide nuestra disciplina. De entre ellas, es probable que hayan pasado más o menos desapercibidas algunas normas que, por su denominación o por el tradicional reparto de materias entre las distintas ramas del conocimiento jurídicas, no parecen tener *a priori* incidencia sobre la misma. Pero nada más lejos de la realidad, ya que el pasado año se adoptaron varias leyes que regulan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contratos de trabajo plurilocalizados. Entre las nuevas leyes adoptadas debemos mencionar -en primer lugar la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 174, de 22 de julio). Asimismo, podemos encontrar otras leyes de nueva cuña (si se me permite la expresión) como es el caso de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE nº 182, de 31 de julio) o también, la más reciente de todas ellas, la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE nº 258, de 28 de octubre), cuyo art. 10 hace referencia expresa a los procesos relativos a los contratos de trabajo. Sea como fuere, lo cierto es que la adopción de este conjunto normativo incide sobre el Derecho procesal internacional en nuestro país y, por ende, también sobre las reglas de competencia judicial internacional de los tribunales españoles cuando se enfrentan al conocimiento de un litigio laboral transfronterizo. Por esta razón, consideramos que es necesario dar cuenta de las principales novedades operadas sobre el particular, siquiera con carácter general, a sabiendas de que un análisis pormenorizado de todas ellas debería ser objeto de un trabajo específico en otro lugar y de una mayor extensión.

2.6.2. La reforma de la LOPJ en relación con la competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo

Comenzando por un breve comentario, en el mismo orden señalado, de las normas citadas, lo cierto es que la LO 7/2015, que reforma la LOPJ de 1985 ha dejado incólume lo dispuesto en el art. 25 LOPJ. No obstante, y a pesar de lo anterior, la LOPJ se ha visto “sensiblemente” alterada, dado que ha introducido novedades significativas en los arts.

21 y 22, incorporando -de manera asistemática y con cierta incoherencia- numerosos apartados en el art. 22. Con carácter general, podemos decir que la inclusión de una serie de apartados en esta disposición obedece, de acuerdo con la exposición de motivos, a la necesidad de hacer coincidir nuestra regulación interna con el instrumento de la UE en materia de competencia judicial internacional, sin perjuicio de que -obviamente- la operatividad de la reforma realizada por el legislador español vaya a ser residual o muy limitada, dado el alcance del Reglamento Bruselas I bis que regula esta materia en relación con el contrato individual de trabajo. A pesar de lo apenas señalado, conviene subrayar que, si bien la intención del legislador es bienintencionada, no se comprenden los motivos por los cuales no se ha modificado el art. 25.1 LOPJ para "ajustarlo" a lo dispuesto en la sección 5ª del Reglamento Bruselas I, si ésta era su pretensión. Y ello así, porque el actual art. 22 LOPJ se encuentra dividido en nueve sub artículos donde, entre otras materias, se regulan determinados foros que también son de aplicación al contrato de trabajo, como es el caso de la regulación de la sumisión expresa o tácita (art. 22 bis) o la que se refiere al foro general del domicilio del demandado (art. 22 ter), así como la remisión que se realiza a la ley concursal (art. 22 septies) o finalmente las reglas de litispendencia y conexidad (art. 22 nonies). Así, y por lo que se refiere a los foros de sumisión expresa o tácita, el art. 22 bis LOPJ regula la cuestión con carácter general, introduciendo también las reglas específicas relativas a la forma del acuerdo de sumisión, así como una referencia a los límites al juego de la autonomía de la voluntad. Con posterioridad, es el art. 22 ter LOPJ donde se reconoce el efecto derogatorio de las cláusulas de elección del foro, esto es, la posibilidad de atribuir la competencia a tribunales de terceros Estados. Sin perjuicio de ser conocedores de que las reglas de sumisión contenidas en este instrumento jurídico vayan a ser poco operativas en la práctica, puesto que en la mayor parte de los casos se aplicará el Reglamento Bruselas I bis por parte de nuestros tribunales, lo cierto es que no se entiende porqué esta disposición no contempla los límites a los que sí se ve sometido un acuerdo de sumisión expresa cuando éste se realiza en el marco de los contratos de trabajo de acuerdo al instrumento de la UE. En efecto, de acuerdo al art. 23 del RBI bis, para que la sumisión expresa pueda jugar en el ámbito de los contratos de trabajo es necesario que el acuerdo se produzca con posterioridad al surgimiento del litigio, así como que dicha opción permita someter el conflicto a foros distintos a los determinados por el resto de foros de aplicación en función de lo dispuesto en la sección 5ª del Reglamento. En este sentido, no se comprende bien este "olvido", por cuanto que el art. 22 bis, segundo párrafo sí recoge parcialmente esta limitación pero sólo para los supuestos de sumisión expresa en relación con los consumidores o seguros (en remisión al art. 22 quinquies, letras d) y e) respectivamente). Asimismo, tampoco se señala nada

en relación con la sumisión tácita y los contratos de trabajo, donde el actual art. 26.2 RBI bis establece la obligación del órgano jurisdiccional que conociere del asunto y con anterioridad a asumir su competencia de informar al contratante débil en relación con su derecho a impugnar la competencia tácita y las consecuencias que conlleva el que éste comparezca o no ante el tribunal en cuestión.

Por su parte, el art. 22 ter regula el foro general del domicilio del demandado, incluyendo una nueva disposición que incorpora una definición del domicilio de las personas físicas y también de las personas jurídicas y que, obviamente son las nociones a tener en cuenta para demandar al trabajador o al empresario en nuestro país. En este sentido, para los primeros se considera que cuentan con domicilio en España cuando tengan su residencia habitual en nuestro país, mientras que para los segundos y, de manera incomprensible, no se acoge el mismo concepto que el empleado por el instrumento comunitario al entender que las personas jurídicas tienen su domicilio en España cuando radique aquí su sede central. Pero es que además de lo anterior, nada se dice sobre el supuesto de demanda al empleador cuando en España radique un establecimiento secundario, esto es, sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, lo cual supone otro "olvido" inadmisibles si la intención -se insiste- era adecuarse a la normativa europea. Sí que es cierto que, como novedad reseñable, se encuentra la introducción de un foro especial para los supuestos de pluralidad de demandados, esto es, el foro por conexidad, de tal manera que será posible demandar a dos empresarios cuando uno de ellos tenga su domicilio en España. Ahora bien, dada la laguna anteriormente señalada, parece ser, al menos por el tenor de la norma, que ello será factible en el caso de que la administración central de cualquiera de las dos se encuentre situada en España y no en el supuesto de que cualquiera de las dos tuviera un establecimiento secundario en nuestro país. Ahora bien, desde aquí entendemos que sería factible una interpretación analógica con respecto al Reglamento comunitario para evitar que, muy eventualmente, determinados litigios pudieran quedar fuera del ámbito de conocimiento de nuestros tribunales. El resto de disposiciones incluidas en la LOPJ y que pudieran afectar a la competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo son simples recordatorios, ya que el art. 22 sexies determina que los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas cautelares o provisionales cuando tengan la competencia sobre el fondo del litigio, ya sea cuando éstas deban cumplirse en España como cuando deban cumplirse en otro Estado. Finalmente, los arts. 22 septies o nonies a los que se ha hecho referencia líneas más arriba son simplemente normas de remisión, ya que -en lo que a nosotros atiene- simplemente se remite a las normas específicas en materia concursal o remite a las reglas de litispendencia y conexidad contempladas en las normas generales que regulen las leyes procesales.

2.6.3. La incidencia de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, en relación con los litigios derivados del contrato de trabajo conectado con más de un ordenamiento jurídico

Como se acaba de señalar, el art. 22 nonies de la LOPJ remite a las normas generales que regulen las leyes procesales las cuestiones de litispendencia y conexidad. Éstas materias se encuentran actualmente reguladas en el título VI de la Ley 29/2015, de 30 de julio, donde expresamente se señala, además, que su contenido (más allá de las materias referidas), son de aplicación a los contratos de trabajo (art. 2.1 Ley 29/2015). De este modo, es necesario hacer una pequeña mención a esta norma, dado que la misma incluye, junto a los aspectos ya señalados, la regulación de los actos de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, la práctica y obtención de pruebas (Título I); la prueba e información del Derecho extranjero (Títulos II y III respectivamente), así como el régimen general en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos extranjeros (Título V), que también -se insiste son de aplicación al ámbito laboral. Teniendo en cuenta que una disección de la norma es, por motivos de extensión, imposible; aquí simplemente realizaremos una pequeña mención a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero, dada la incidencia que sobre la posición interpretativa del TC al respecto han tenido asuntos que tienen como protagonistas a trabajadores en el extranjero. En este sentido, se ha de señalar que el art. 33 de la Ley 29/2015 no supone una modificación sustancial sobre el régimen jurídico establecido sobre particular, no en vano lo único que hace es remitir a estos efectos a lo dispuesto en la LEC y confirmar el criterio del TC, que señala que cuando no sea posible probar el Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español (art. 33.3). Además de lo apenas señalado, el art. 33 determina que los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor de la prueba del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 33.2), afirmando además que ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles (art. 33.4).

2.6.4. La LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros y su implicación sobre los contratos de trabajo plurilocalizados

La LO16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, entró en vigor el día 28 de octubre de 2015. Se trata de una norma que ha sido bien recibida por parte de la doctrina internacionalista, ya que pone fin a una situación de absoluta laguna legislativa,

en la medida en que carecíamos de una normativa específica que regulara las inmunidades de las que pueden gozar tanto los Estados extranjeros, como los agentes diplomáticos, consulares, organizaciones internacionales y sus funcionarios, etc. ante los tribunales de nuestro país. Es verdad que a priori hay que celebrar que por fin se clarifique una situación normativa silente, dado que hasta la fecha solo contábamos con la referencia contenida en el art. 21.2 LOPJ, donde se aclaraba que la competencia judicial internacional de nuestros juzgados y tribunales para el conocimiento de litigios con elemento extranjero que se susciten en territorio español no gozaba de un alcance absoluto o ilimitado, de acuerdo con las normas de Derecho internacional público. Esta realidad ha llevado a que nuestros tribunales distinguieran a esos efectos entre actos de soberanía, poder público u oficiales (actos de *iure imperii*) de aquellos otros de naturaleza privada (actos *iure gestionis*), de tal manera que los primeros recaerían bajo la inmunidad de jurisdicción y/o ejecución, mientras que los segundos podían ser perfectamente litigios objeto de conocimiento por parte de nuestros tribunales. Y aunque esta distinción no arrojaba soluciones unánimes, ya que los conflictos interpretativos surgidos a propósito de esta distinción se seguían produciendo, sí que era cierto que nuestros tribunales optaban por una interpretación de inmunidad restringida en todos los supuestos.

Para paliar los inconvenientes anotados, esto es, con la finalidad de precisar el contenido, el alcance y los beneficiarios de estas inmunidades, el legislador ha adoptado esta norma, donde -entre otras- se contiene un art. 10 que regula la inmunidad de jurisdicción por lo que respecta a los procesos relativos a los contratos de trabajo, al que hay que añadir el art. 17 que regula la inmunidad del Estado extranjero con respecto a las medidas de ejecución. Pues bien, el art. 10, que es una copia inexacta de lo dispuesto en el art. 11 de la Convención de las UN sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004 (y que no ha entrado en vigor aún, aunque España lo ratificó en el año 2011); establece como criterio general, *la imposibilidad de hacer valer la inmunidad de jurisdicción antes los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España*. Desde esta perspectiva, la norma es positiva por cuanto que, en principio, el foro de la *lex locilaboris* mantiene toda su operatividad en el marco de los litigios que enfrenten a un trabajador de un organismo internacional u Estado extranjero, que ejecute la prestación de servicios en nuestro país, con aquél. Así, nuestros tribunales del orden de lo social en principio mantendrían su competencia para el conocimiento de esta tipología de litigios con elemento de internacionalidad. No obstante, acto seguido el legislador español recoge un segundo párrafo donde el

principio general apenas anotado sufre una conversión, en la medida en que a la luz de la dicción de la misma, éste se convierte, o mejor, puede convertirse en mera excepción. De hecho, y cito textual, se determina que “2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos:a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público;b) Cuando el empleado sea:i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961;ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; oiii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional.c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; of) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador”.

Como es visible, a juzgar por la dicción del precepto son unas cuantas las dudas que surgen a propósito del mismo, fundamentalmente en todos aquellos supuestos en los que la posibilidad de acordar la inmunidad de jurisdicción, esto es, que nuestros tribunales del orden social no puedan conocer de determinados asuntos, se produce con carácter general, como es el caso de cualquier proceso que tenga por objeto la contratación del trabajador, la renovación del contrato o la readmisión, pero también en otros supuestos que pretenden ser más o menos concisos, como los casos de despido en el supuesto que se regula en el apartado d) de esa misma disposición, por citar algunos de los más relevantes por su excesiva generalidad y escaso ajuste con respecto a la norma internacional anteriormente citada. Asimismo, surgen recelos, al menos por mi parte, en relación con la compatibilidad de esta norma con la interpretación que sobre asuntos similares se ha realizado desde instancias europeas, como es el caso de la sentencia del TJUE, de 19 de julio de 2012, caso Mahamdia, Asunto C-154/11, donde el tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre un asunto de estas características y no en el sentido precisamente del que se regula en esta norma. Asimismo, entendemos - lógicamente que este precepto, aunque parece que está llamado a “matizar” el que ha sido nuestro devenir interpretativo y restrictivo sobre el particular, debe continuar por la

misma senda, de tal manera que lo que debe seguir interesando a la hora de determinar o no la inmunidad de jurisdicción de nuestros tribunales y juzgados de lo social es que el trabajador que preste servicios en nuestro país ejercite prerrogativas públicas soberanas que afecten al Estado extranjero como empleador. No obstante, la dicción “etérea” de la norma nos lleva a interrogarnos acerca del objetivo que se persigue con la introducción de este tipo de regulaciones en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Se trata de una fórmula dirigida a excepcionar nuestro régimen general sobre la materia para determinados Estados no europeos con los que queremos tener unas “buenas relaciones diplomáticas”? Y de ser esto cierto, ¿con qué Estado/s se va a suscribir acuerdos de excepción de esta naturaleza? Es por esta razón que, en nuestra opinión, esta norma debería haber sido objeto de mayor concreción para evitar dudas que incluso podrían alcanzar a su propia constitucionalidad, al menos en alguno de sus apartados. No en vano, como bien señalara la Audiencia provincial de Madrid en la sentencia de 27 de septiembre de 1993, “una inmunidad de jurisdicción absoluta supondría un privilegio contrario a la tutela judicial efectiva” (AC 1993\1971).

2.7. Mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer la creación de empleo indefinido: el art. 8 de la Ley 25/2015

Resulta sobradamente conocido que uno de los principales problemas del mercado de trabajo en nuestro país es el de su excesiva temporalidad. En efecto, las tasas de contratación temporal en España superan con creces a las del resto de países comunitarios; pues, mientras la media absoluta de la UE ronda el 14%, España llega hasta el 24%, siendo superada únicamente por Polonia en esta sonrojante clasificación. Así, esta realidad, ligada a otros factores, lleva a que las cíclicas crisis económicas destruyan empleo en el mercado español con una celeridad y voracidad que no encuentran parangón en nuestro entorno jurídico y económico. Pues, como resulta natural, la fragilidad intrínseca a este tipo de mercados laborales hace que los niveles de empleo, y consiguientemente confianza y consumo, se resquebrajen brutalmente y con efectos inmediatos frente las situaciones de recesión económica.

El legislador, plenamente consciente de toda esta problemática, ha tratado de corregir las deficiencias del mercado de trabajo español a través de una serie de medidas dirigidas tanto al régimen de los contratos temporales como al de los contratos indefinidos y que, en los últimos años, han conseguido reducir moderadamente la agudeza de la afección. En efecto, si se observa la evolución de la tasa de temporalidad en España durante la última década se aprecia una reducción de hasta diez puntos porcentuales. Sin embargo, aún queda mucho recorrido por delante hasta alcanzar los estándares deseados, por lo que las acciones legislativas dirigidas a fomentar la

contratación indefinida y reducir el abuso sistemático de la temporal continúan sucediéndose.

En este contexto destaca el art. 8 de la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, que, en este año 2015, ha introducido una importante herramienta para favorecer la creación de empleo indefinido a corto plazo. Así, se fija para los contratos de duración indefinida un tramo inicial de la base de cotización por contingencias comunes a la Seguridad Social que quedará exento de aplicación del tipo de cotización en la parte correspondiente a la empresa. Con este incentivo se pretende, en los términos expuestos en el propio preámbulo de la Ley, reducir en mayor medida las cotizaciones sociales de los trabajadores con menores retribuciones; lo que favorece a aquellos colectivos con más dificultades para acceder a un puesto de trabajo estable, como son los desempleados de larga duración, los jóvenes sin experiencia laboral y los trabajadores con escasa formación.

Concretamente, el tramo inicial de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a la empresa que quedará exento será el de los primeros quinientos euros para los contratos a jornada completa. Por su parte, en los contratos a tiempo parcial el tramo exento se reducirá de forma proporcional a la diferencia de jornada existente entre estos trabajadores, y los trabajadores a tiempo completo, comparables. Ahora bien, la jornada del trabajador a tiempo parcial habrá de ser igual o superior a la mitad de la jornada anual del trabajador a tiempo completo, pues en caso contrario ni siquiera habría lugar a que la empresa se beneficiase de este programa de incentivos.

Debe aclararse que tales reducciones en las cotizaciones serán asumidas, con carácter general, por la propia Seguridad Social, aunque cuando el trabajador contratado estuviese a su vez encuadrado en el Sistema nacional de Garantía Juvenil, las cuotas empresariales dejadas de ingresar se bonificarían con cargo del Servicio Público de Empleo Estatal. De este modo, no cabe ninguna duda de que la aplicación de estas reducciones o bonificaciones no afectarán a la cuantía de las prestaciones económicas que surgiesen a favor de los trabajadores afectados, pues éstas se calcularían de acuerdo a la base de cotización íntegra correspondiente.

Tal y como se ha apuntado ya, la medida está enfocada a favorecer la creación de empleo estable a corto plazo, de modo que, en principio, cualquier contrato indefinido, ya fuese con una jornada de trabajo completa o parcial (pero de al menos la mitad de la jornada completa comparable), celebrado entre el 31 de marzo de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016 podrá dar lugar a la aplicación de estudiadas ventajas. Éstas se extenderán durante los veinticuatro meses siguientes a la celebración del contrato indefinido, aunque las empresas con menos de diez trabajadores podrán prorrogar su disfrute todavía doce meses más, si bien reduciendo el tramo exento a la mitad (que

sería, por tanto, de doscientos cincuenta euros para los contratos a jornada completa y la proporción que correspondiese para los contratos a tiempo parcial). En fin, debe tenerse en cuenta además que, cuando las fechas de alta y baja del trabajador no coincidiesen con el primer o el último día del mes, el importe al que se aplique este beneficio será proporcional al número de días de alta durante el mes en cuestión.

En cualquier caso, además de celebrar estos contratos en el periodo fijado, las empresas deberán cumplir una serie de requisitos para poder beneficiarse de estas bonificaciones o reducciones en sus cuotas a la Seguridad Social. En primer lugar, como resulta habitual en cualquier contrato bonificado o subvencionado de uno u otro modo, el contrato indefinido por el que la empresa pretendiese acogerse a estas ventajas deberá celebrarse siempre por escrito. Además, lógicamente, también deberán hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores como durante la aplicación de los beneficios previstos por este art. 8 de la Ley 25/2015.

Pero sobre todo, las principales exigencias a la empresa van referidas a evitar el llamado “efecto sustitución”, que implicaría que los nuevos contratos bonificados no supusiesen un incremento neto del empleo, sino que simplemente reemplazarían a otros trabajadores que hubiesen perdido su puesto de trabajo. Así, las empresas que pretendiesen acogerse a este programa no podrán haber extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hubiesen sido declarados judicialmente improcedentes, ni tampoco por despidos colectivos declarados no ajustados a derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de estos nuevos contratos indefinidos; si bien la exclusión afectará, únicamente, al mismo número de nuevas contrataciones que de extinciones efectuadas en estos términos. Por otra parte, los nuevos contratos deberán suponer un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como de empleo total en la empresa. No obstante, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios no declarados improcedentes ni las llevadas a cabo mediante despidos colectivos que no hubiesen sido declarados no ajustados a derecho, así como tampoco las causadas por dimisión muerte, incapacidad permanente (en los grados de total, absoluta o gran invalidez). Y, por último, la empresa deberá mantener al trabajador contratado a través de un contrato indefinido en su plantilla durante, al menos, treinta y seis meses y que, durante todo ese periodo, tampoco se reduzca el nivel de empleo que se alcanzó en el momento de dicha contratación. El incumplimiento de todas estas condiciones supondría el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar, con el correspondiente recargo e interés por mora.

Finalmente, por lo que se refiere al apartado de las incompatibilidades, debe resaltarse que los beneficios devengados a raíz de este programa no pueden acumularse a los derivados de otras medidas de fomento del empleo, con dos únicas excepciones: los incentivos previstos por el art. 107 de la Ley 18/2014 para los beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y la ayuda económica de acompañamiento del art. 8 del RDL 16/2014 para las personas adscritas al Programa de Activación para el Empleo. Así, ambas medidas serán, tanto en uno como en otro caso, perfectamente compatibles con las bonificaciones y reducciones previstas por el art. 8 de la Ley 25/2015.

2.8. Distribución de competencias en materia de empleo entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales

La aprobación del RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, no ha supuesto modificación alguna en lo que respecta a la previsión que, sobre distribución competencial, ya se preveía en las primeras redacciones de la norma citada. En realidad, la refundición que introduce este Real Decreto, sólo arroja un poco de orden estructural y organizativo al aglomerado de instrumentos y órganos que el legislador ha ido paulatinamente incorporando en modo deslavazado, tal vez siguiendo un esquema extraño por su desconocimiento y por no ser de creación propia.

Pues bien, en nuestro intento de ofrecer aquí un reflejo lo más breve posible, del estado de la cuestión en esta materia, consideramos esencial comenzar bosquejando siquiera el modo en que está estructurado todo el engranaje de herramientas que componen la política de empleo española, así como la función que cada organismo está llamado a desempeñar.

De este modo, con la finalidad de configurar un más eficiente Sistema Nacional de Empleo - por primera vez reconocido normativamente como tal -, el RDLeg. 3/2015 dispone en su art. 9 que los instrumentos de coordinación la Estrategia Española de Activación para el Empleo (EEAE, en adelante), el Plan Anual de Política de Empleo (PAPE, en adelante) y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, siendo los dos primeros aquellos cuya implementación puede provocar y provoca, como se verá discusiones competenciales entre el Estado y las CC.AA. La plasmación práctica de este, apriorísticamente complejo engranaje de políticas e instrumentos, es la que sigue.

Las Directrices europeas para el Empleo ordenan el marco de actuación del SNE, el cual se adaptará a la idiosincrasia española mediante la EEAE, definida en la propia norma 3/2015 como un instrumento que permitirá la colaboración y coordinación entre el

Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. En la EEAE deben incorporarse, de un lado, los principios de actuación y objetivos estratégicos y estructurales a alcanzar en materia de políticas de activación para el empleo; de otro, las políticas activas de empleo para el conjunto del Estado y, por último, el marco presupuestario, fuentes de financiación y criterios de gestión de los fondos -art. 9.2 en sus letras b) y c), RDLeg. 3/2015 .

Ahora bien, la materialización de este diseño para los años 2014 2016 comenzó con la aprobación, mediante el RD 751/2014, de 5 de septiembre (BOE nº 231, 23 septiembre), de la EEAE, la cual permitió elaborar, para el año 2015, el Programa de Activación para el Empleo (PAE, en adelante) aprobado por el RDL 16/2014, de 19 de diciembre (BOE nº 307, 20 diciembre, cuyo contenido se analizó en el Informe que esta Sección Juvenil presentó para el año 2014). La concreción de los objetivos a alcanzar en todo el Estado y en las distintas Comunidades Autónomas, así como los indicadores que se utilizarían para conocer y evaluar el grado de cumplimiento de los mismos, fueron previstos a partir de la Resolución de 29 de julio de 2015, que aprobó el Plan Anual de Política de Empleo (BOE nº 191, martes 11 de agosto). En él se contienen, además, los servicios y programas de políticas activas de empleo que van a llevar a cabo el Servicio Público de Empleo Estatal y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas activas, siendo importante subrayar aquí que la prestación de esos servicios y programas, sin perjuicio de los recursos propios adicionales que cada comunidad autónoma decida destinar a su ejecución , cuenta con el apoyo económico de la reserva de crédito establecida en un presupuesto de gastos que se apruebe anualmente. Así, para el año 2015 es la Orden ESS/1978/2015, de 17 de septiembre, la que distribuye territorialmente para su gestión por las comunidades autónomas las subvenciones destinadas a la ejecución de las competencias del Programa de Activación para el Empleo (BOE nº 234, de 30 de septiembre), siendo que la adjudicación de la parte mayor de tales ayudas económicas responde al criterio de una obligación de resultados. Así el 60% del total de la cantidad asignada a cada Autonomía sólo se percibirá atendiendo al porcentaje de beneficiarios del servicio que ha logrado su inserción socio laboral -Anexo I, letra a) de la Orden ESS/1978/2015 . Mientras que el 40% restante va a depender del número potencial de usuarios de los servicios de empleo.

Si este es el modo en que el legislador estatal ha materializado las previsiones competenciales contenidas en los arts. 149.1.7 y 149.1.13 de nuestra Constitución, la cuestión que resta resolver en este informe es si los actores implicados comulgan con la configuración dada al Sistema Nacional de Empleo. En este sentido debemos comenzar por subrayar la mudez impuesta a los entes locales, relegados a debilitados, y casi

desconocidos, gestores en materia de empleo. Un error este que tampoco ha sido denunciado por la LX Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales -celebrada en abril de 2015 y que podría haberse subsanando si se hubiera observado la realidad internacional más próxima, puesto que en países como Francia, Alemania y el Reino Unido, son precisamente el punto de partida en el diseño de las políticas activas de empleo. En lo que respecta a las Comunidades Autónomas, son dos las que han planteado cuestiones de inconstitucionalidad al diseño configurado en materia de empleo por considerar que vacía la competencia que les corresponde. La primera de esas cuestiones ha sido resuelta desfavorablemente a la pretensión y, la segunda, si bien admitida a trámite, se halla aún en vía de pronunciamiento.

El primero de los asuntos mencionados resolvió el recurso de inconstitucionalidad nº 1763 2004, interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 3.1, párrafo segundo, en lo referente a la expresión “fomento del empleo” en relación al apartado 2 del mismo artículo; el art. 3.3, párrafo segundo; el art. 13 e), apartados 1 y 2 y la DA 4ª, todos ellos de la Ley 56/2003. En términos generales, el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional (TC, en adelante), es que la redacción de los preceptos cuya constitucionalidad se discutía -idéntica tras la refundición del texto no llevaban a desposeer a las Comunidades Autónomas de su capacidad normativa para regular, financiar y desarrollar sus propios programas de fomento de empleo, puesto que los Planes Autonómicos de empleo no necesitan del visto bueno de ningún organismo estatal, sino que basta con que “sean conformes al Plan Nacional”. Sin embargo, no llega el TC a indicar quién o cómo debe otorgarse esa conformidad, por lo que, además de la inseguridad jurídica que genera a las Autonomías, deja absolutamente incontestada -a nuestro juicio la cuestión.

La segunda cuestión corresponde al recurso de inconstitucionalidad nº 1571 2015, promovido por el Gobierno Vasco contra los arts. 1; 3, apartados a) 7º y b); 4; 5, apartados cuarto y quinto; 6, apartado sexto; 7; 9, apartados primero y tercero; DAs 1ª y 2ª, y DFs 1ª y 6ª del RD. Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

Por consiguiente, podría concluirse que aunque el estado de la cuestión respecto al reparto de competencias previsto por la ordenación del Sistema Nacional de Empleo poco ha variado desde que se elaboró en el año 2003 la primera versión de la Ley 56 de Empleo, se hace preciso subrayar que asistimos al comienzo de un -a nuestro juicio adecuado viraje hacia la coordinación. La inicial libertad en la configuración de las políticas activas de que por omisión, gozaban las Autonomías, estaba sin duda desembocando en un modelo de sistema cuya descoordinación respondía a criterios económicos y de opción política, lo que hacía quebrar con claridad meridiana los

principios de igualdad y unidad territorial previstos en nuestra Carta Magna. Sin embargo tampoco puede obviarse la distancia que, a nuestro juicio, resta por recorrer al legislador en materia de servicios de colocación en lo que a calidad y cantidad se refiere. La omisión de los entes locales y el desconocimiento del gran valor que aportan a todo sistema de empleo eficiente y eficaz, así como una mayor claridad en los objetivos y sistema de evaluación de los servicios autonómicos, junto a una más numerosa inversión en recursos humanos y materiales, se postulan, conforme a experiencias propias y externas, en ejes centrales para alcanzar las cuotas de integración laboral que toda sociedad democrática demanda.

2.9. Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo en tiempos de crisis: líneas generales de reforma normativa encaminadas a la activación del desempleado

Demandantes de empleo son los trabajadores que se inscriben en los servicios públicos de empleo para la búsqueda de un empleo o mejorar el que ya poseen (intermediación laboral), para recibir otros servicios ajenos al empleo (orientación para el autoempleo, formación ocupacional...) o por la obligatoriedad de inscribirse para percibir una prestación contributiva o un subsidio³⁷. Sin embargo, demandante inscrito no equivale a trabajador en paro³⁸. Por otra parte, el Anexo I del REGLAMENTO (CE) No 1897/2000 DE LA COMISIÓN de 7 de septiembre de 2000 recoge la definición operativa de desempleo³⁹.

³⁷ http://www.madrid.org/tdpcweb/html/web/Notas_m.htm

³⁸ La Orden Ministerial de 11 de marzo de 1985 determina los criterios estadísticos para medir el paro registrado, en base a las situaciones administrativas en las que una demanda de empleo puede encontrarse. El método es sobre los demandantes inscritos, ir descontando por orden a los demandantes inscritos sin disponibilidad, a los demandantes de empleo no parados y finalmente a los demandantes de empleo parados. Entre los demandantes de empleo no parados se encontrarían además los trabajadores fijos discontinuos, los demandantes de teletrabajo, los que demandan un trabajo solo fuera de su comunidad de residencia y los demandantes que exportan su prestación, aunque estos colectivos no se enumeren explícitamente en esta OM; aunque no ha sido expresamente modificada sí ha sido actualizada desde 1985 a la actualidad.

³⁹ «1. De acuerdo con las normas aprobadas por la OIT en las decimotercera y decimocuarta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (CIET) a efectos del muestreo sobre población activa en la Comunidad, son desempleados las personas con edades comprendidas entre los 15 y los 74 años que se hallen: a) sin trabajo durante la semana de referencia, es decir, que no dispongan de un empleo por cuenta ajena o de un empleo por cuenta propia (durante al menos una hora); b) disponibles para trabajar, es decir, disponibles para iniciar una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia dentro del plazo de las dos semanas siguientes a la semana de referencia; c) en busca de trabajo activa, es decir, que hayan tomado medidas concretas para buscar un empleo por cuenta ajena o un empleo por cuenta propia en un período de cuatro semanas que se termine al final de la semana de referencia, o que hayan encontrado trabajo y empiecen a trabajar en un período de tres meses como máximo. Según la letra c) del punto 1, se considera como medidas concretas: — estar en contacto con una oficina pública de empleo con el fin de encontrar trabajo, cualquiera que sea la parte que haya tomado la iniciativa (la renovación de la inscripción por razones puramente administrativas no constituye un planteamiento activo), — estar en contacto con una oficina privada (oficina de empleo temporal, empresa especializada en

En otro orden, por Estatuto Jurídico se entienden el conjunto de normas que rigen las instituciones jurídicas o una situación determinada. Si bien, no siempre se recogen en un único cuerpo normativo. De hecho, cuando se acuña el término “Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo”, en realidad se está haciendo referencia al conjunto de derechos y obligaciones que regulan las relaciones de los demandantes de empleo como sujetos de las políticas de empleo con los SPEE.

Es así que el demandante de empleo tiene una serie de obligaciones derivadas de la demanda de empleo, esencialmente la obligación de buscar empleo y de participar en las ofertas de formación, existiendo las correspondientes sanciones previstas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobado por RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto para los supuestos de incumplimiento.

De igual forma, existen una serie de derechos con importante proyección en este ámbito, tales como el derecho a la igualdad (arts. 1, 9, 23, 149 CE) y no discriminación (art. 14 CE) en el acceso al empleo, el derecho a la protección de sus datos personales, la protección de la garantía de la intimidad (art. 18 CE) y la dignidad (art. 10 CE) del trabajador, el derecho a la formación profesional, al reciclaje y a la promoción profesional, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio o a la autodeterminación de la dimensión profesional de la persona (art. 35 CE), el derecho a la protección social (art. 39 CE) de las transiciones en el mercado de trabajo, así como el derecho de acceso a los SPEE y a la asistencia en la búsqueda de empleo, en el marco de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo (SNE). Por consiguiente, el sistema de tutela de la persona en el mercado de trabajo, encuentra un claro anclaje en los derechos sociales constitucionalizados.

contratación, etc.) con el fin de encontrar trabajo, — enviar una candidatura directamente a los empleadores, — indagar a través de relaciones personales, por mediación de sindicatos, etc., — anunciarse o responder a anuncios en los periódicos, — estudiar las ofertas de empleo, — participar en una prueba, concurso o entrevista, en el marco de un procedimiento de contratación, — buscar terrenos, locales o material, — realizar gestiones para obtener permisos, licencias o recursos financieros. 2. La educación y la formación se consideran medios de mejorar la capacidad de empleo, pero no constituyen métodos de búsqueda de empleo. No se considerará a las personas sin trabajo que cursen estudios o realicen una formación como desempleadas si no es a condición de estar «disponibles para trabajar» y «en busca de trabajo», de acuerdo con las definiciones de las letras b) y c) del punto 1. 3. Se considera a las personas despedidas como desempleados si no reciben un sueldo o salario significativo (es decir, $\geq 50\%$) de su empleador y si se hallan «disponibles para trabajar» y «en busca de trabajo». Las personas despedidas se equiparán a los trabajadores en situación de excedencia a iniciativa del empleador, incluso en caso de financiación del permiso por entidades o fondos públicos (decimosexta CIET). En tal caso, se considera a los despedidos como personas activas si se ha acordado una fecha de reanudación de las actividades y si esta fecha está prevista dentro de un plazo de tres meses. 4. Durante la temporada baja, no se puede considerar que un temporero conserva un vínculo formal con su empleo de temporada alta. Un temporero no percibe en efecto ningún salario o sueldo de su empleador, aunque reciba garantías de volver a trabajar. Si no trabajan durante la temporada baja, no se les considera desempleados si no es a condición de hallarse «disponibles para trabajar» y «en busca de trabajo», de acuerdo con las definiciones de las letras b) y c) del punto 1.»

La Ley 20/2014, de 29 de octubre en su art. uno. f) encomendaba al Gobierno la elaboración de varios textos refundidos, entre los que no solo se mencionaba el Estatuto de los Trabajadores, sino también el correspondiente a la normativa de empleo. En este último se regulan, aclaran y armonizan la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE), las disposiciones adicionales sexta y decimoséptima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la disposición adicional primera, el último párrafo de la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y las normas con rango de ley que hubieran introducido en ellas modificaciones y las que, afectando a su ámbito material, se promulgaran antes de la aprobación por Consejo de Ministros del citado texto refundido, quedando todas ellas sin efecto a 13 de noviembre de 2015.

Como novedades normativas destacables del año 2015, hay que señalar el RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el reciente Texto Refundido de la Ley de Empleo (TRLE), que aunque no parece aportar novedades significativas que afecten al Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo, recoge en un solo texto las normas que la modifican y trata de enfatizar la más reciente orientación de los servicios y programas - antes denominados, acciones y medidas- de las políticas activas de empleo, puestas en relación con las políticas pasivas de empleo y con un creciente impulso a la colaboración, no solo del Estado con las CCAA, sino también con el sector privado como garante de calidad en la consecución de los objetivos planteados a través de la intermediación laboral. De tal forma, el art. 2 del TRLE recoge en su letra c) entre los objetivos generales de la política de empleo, adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente de larga duración, facilitando una atención individualizada a los desempleados, mediante acciones integradas de políticas activas -y matiza en su nueva redacción, “de empleo”- que garanticen su ocupabilidad. Por su parte, la letra d) del mismo artículo recoge el objetivo de asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, principalmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad -sustituyendo en su antigua redacción a los “discapacitados”- parados de larga duración y mayores de 45 años, entre otros. Añade además un nuevo art. 5 que especifica cuáles son los instrumentos de la política de empleo (Título III TRLE): a) La intermediación laboral; b) Las políticas activas de empleo; c) La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo.

a) Capítulo I. La intermediación laboral (arts. 31 a 35 TRLE): entendida como el

conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo para su colocación, también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial (art. 31 TRLE). La Ley de Empleo ha pasado de contemplar un concepto de intermediación laboral clásico y restringido a un concepto mucho más moderno y amplio basado, entre otros, en el Convenio 181 OIT sobre agencias privadas de colocación. Pero con independencia del agente que la realice, en todo caso tiene la consideración de un servicio de carácter público. A efectos del SNE la intermediación laboral en el mercado de trabajo se realiza a través de los SPEE, sus entidades colaboradoras, las agencias de colocación (AC)⁴⁰ y de forma novedosa las empresas de trabajo temporal (ETTS) -siempre que cumplan los requisitos establecidos en el art. 33 TRLE⁴¹, incluida la obligatoriedad de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios⁴²- y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para trabajadores en el exterior, debiendo velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo, conforme al art. 35 TRLE. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar y, en todo caso, cuando esté basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico. Por tanto, entre los principios de la intermediación laboral se encuentran el respeto al principio de igualdad y no discriminación, el respeto al derecho a la intimidad y protección de datos y la gratuidad en la prestación de los servicios para los trabajadores y sus empleadores (art. 34 LE). Este artículo señala que tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo quienes se inscriban como tales en los

⁴⁰ El reciente RDL 8/2014 introduce un cambio en su regulación y, a partir de ese momento, las agencias de colocación no deben solicitar autorización al servicio público de empleo correspondiente para realizar esa actividad, sino que deben presentar con carácter previo a su inicio una declaración responsable ante estos servicios. El Acuerdo Marco de Intermediación Laboral recoge las agencias de colocación que van a ser colaboradoras de los servicios públicos.

⁴¹ Se reubica la DA 2ª LE "empresas de trabajo temporal" en el art.33 TRLE "agencias de colocación".

⁴² La DF 3.2 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre y el art. 21.2 del RDL 4/2015, de 22 de marzo, modificaron levemente la LISOS para endurecer las infracciones en materia de empleo, siendo considerada muy grave ejercer actividades de intermediación laboral, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la LE y su normativa de desarrollo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados (art. 16.1 Ley 30/2015); y en el caso de las ETTS que hubieran presentado una declaración responsable para actuar como AC, deberán reunir los requisitos de la LE y desarrollo (art. 16.2 Ley 30/2015).

SPEE (art. 34.5 TRLE). El acceso a determinados servicios del SNE requerirá la inscripción tanto de las personas desempleadas como de las ocupadas (art. 27.3 TRLE).

El Capítulo II del Título II sobre los servicios del SNE prestados por los SPEE recoge los preceptos relativos al acceso de las personas desempleadas a estos servicios (arts. 28 a 30 TRLE). La articulación del itinerario individual y personalizado de empleo se configura como un derecho para las personas desempleadas y como una obligación para los SPEE (art. 28.2 TRLE). Dos novedades se aprecian en el art. 29 TRLE. De un lado, otro cambio de denominación por cuanto el catálogo de servicios a la ciudadanía de los SPEE pasa a denominarse Cartera Común de Servicios del SNE a partir del RDL 8/2014, de 4 de julio, que culminó con la publicación en el BOE de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia⁴³. Las personas y empresas usuarias de estos servicios se contemplan en el Capítulo I del Título II (arts. 26 y 27 TRLE). De otro lado, se incorpora lo recogido en la DT 2ª RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, sobre aplicación de los itinerarios individuales y personalizados de empleo, cuya elaboración se extenderá a toda la población desempleada⁴⁴, siendo necesaria la suscripción y firma de un acuerdo personal de empleo, que en el caso de las personas beneficiarias de prestaciones y subsidios por desempleo formará parte del compromiso de actividad que se establece en el art. 41 TRLE. Mediante este acuerdo, por una parte, la persona beneficiaria del itinerario se compromete a participar activamente en las acciones para la mejora de su empleabilidad y de búsqueda activa de empleo, o la puesta en marcha de una iniciativa empresarial, y, por otra parte, el SPE se compromete a la asignación y planificación de las acciones y medidas necesarias.

⁴³ El RDL 8/2014 ya modificaba la LE, de modo que su Título I Bis llevaba la rúbrica “Servicios a la ciudadanía prestados por los servicios públicos de empleo” y hoy se denomina “servicios del sistema nacional de empleo prestado por los servicios públicos de empleo”; y aunque se ha sustituido la acepción “Catálogo de Servicios” por “Cartera Común de Servicios”, sigue aludiéndose al catálogo con asiduidad. Posteriormente, la Ley 8/2014 suprime los arts. 19 quater y 19 quinquies LE, relativos al contenido y actualización del catálogo de servicios a la ciudadanía respectivamente.

⁴⁴ El RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, especificaba además que la elaboración del itinerario individual y personalizado de empleo se extendería a toda la población desempleada a partir de enero de 2013, alusión temporal que es omitida por derogación de la DDU c) TRLE. Por otra parte, en el Dictamen 13 2015 sobre el Proyecto del RDLeg. por el que se aprueba el TRLE, el CES llama la atención acerca de la contradicción entre los arts. 28 y 29, dado que en el primero se establece el comienzo “si procede” de un itinerario para la persona desempleada mientras que en el segundo se garantiza su carácter universal.

b) Capítulo II. Las políticas activas de empleo (arts. 36 a 40 TRLE): la incorporación de un nuevo art. 39, que integra la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, insiste en la necesidad de evaluación continuada de las políticas activas de empleo. El otro cambio relevante es sin duda la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, operada por Ley 30/2015, de 9 de septiembre (art. 40 TRLE)⁴⁵.

c) Capítulo III. La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo (arts. 41 y 42 TRLE): por último, la disposición derogatoria única b) del TRLE suprime la disposición adicional sexta introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introduciendo una nueva DA 5ª en aras a reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo.

Claro exponente de dicha vinculación son los trabajos de colaboración social dirigidos a la contratación de trabajadores desempleados (política activa de empleo) que a su vez son perceptores de prestación o subsidio por desempleo (política pasiva de empleo), de tal forma que la Administración contratante complementa la prestación del SPE con una cuantía equivalente a la diferencia entre la correspondiente base reguladora y dicha prestación. El problema jurídico se plantea cuando la controvertida activación del demandante⁴⁶ -de por sí beneficiario de un derecho a prestación reconocido-, obligado a participar en el programa en el marco del compromiso de actividad, se realiza además en actividades normales y permanentes de la Administración contratante, obviando el necesario carácter de temporalidad entre otros requisitos recogidos en el RD 1445/1982, de 25 de junio, que estableció diversas medidas de fomento del empleo y en el art. 272.2 LGSS, cuyo incumplimiento produciría un fraude de ley que daría lugar a la consideración de la relación como laboral y a las extinciones de contrato como de despido improcedente⁴⁷.

⁴⁵ Sustituye al art. 26 de la derogada LE.

⁴⁶ El RD 751/2014, de 5 de septiembre, aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016.

⁴⁷ Véase la Sentencia Nº 160/2015 del Juzgado de lo Social Nº 2 de Móstoles, por la que se condena al Ayuntamiento de Alcorcón a readmitir e indemnizar a diecisiete trabajadores contratados en trabajos de colaboración social. El art. 6.4 del CC dispone que «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».

En este sentido, podría cuestionarse el principal de los derechos reconocidos en el Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo: el derecho al trabajo; no solo de la persona participante en los trabajos de colaboración social por cuanto éstos carecen de algunas de las notas de laboralidad de una verdadera contratación laboral -como la voluntariedad-, sino también de los potenciales trabajadores que no podrán ser contratados por la Administración beneficiaria al estar ocupándose puestos estructurales con trabajadores desempleados en trabajos de colaboración social, lo que por otra parte pone en entredicho el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (arts. 9.2, 9.3 y 103.3 CE), plasmados en el Estatuto Básico del Empleado Público (exposición de motivos y arts. 1.3, 10.2, 14, 16, 18.1, 55.1, 78.1 y DT 4ª 2 EBEP).

Concluyendo, los cambios detectados en el Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo en 2015 reflejan la dispar evolución del Derecho Laboral y del Derecho del Empleo, motivados por medidas gubernamentales adoptadas durante los últimos años de crisis del mercado de trabajo -de ahí la necesaria referencia a normativas previas a 2015-, durante los que se han ido reformulando las políticas activas de empleo hacia las políticas de activación, desdibujando fronteras entre éstas y las políticas pasivas e impulsando la colaboración público privada.

2.10. Formación y empleo: datos para el debate

La crisis económica que hemos atravesado ha puesto en evidencia a alguno de los principales problemas de la sociedad española, especialmente en materia económica y de empleo, a la vez que constituye también una oportunidad para intentar superarlos. Entre las soluciones que se han puesto encima de la mesa en materia de lucha contra el desempleo destaca la transformación de nuestro modelo productivo hacia actividades con mayor valor añadido y la mejora de nuestra productividad.

La formación de la población es un elemento esencial para el avance de una sociedad y para la transformación de su economía. La estrecha relación entre estructura productiva y educación implica una estrategia coordinada, dadas las recíprocas interacciones entre ambas. Igual que puede afirmarse que la situación actual de la educación en España es una buena muestra de nuestra estructura productiva y que ésta a su vez es fiel reflejo de los materiales de los que se nutre y que son moldeados desde lo formativo; su transformación exige un sistema educativo que provea de trabajadores suficientemente formados para los nuevos sectores que se quieran desarrollar, lo que es sinónimo de una educación radicalmente diferente a la actual.

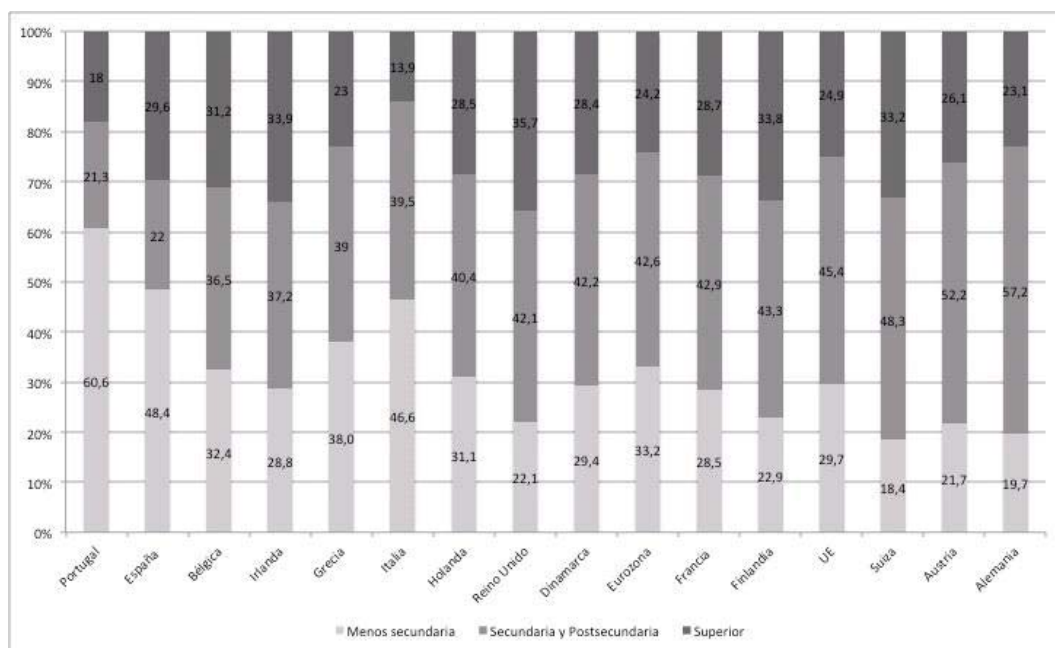
¿Cuál es el punto de partida de esta hipotética transformación? El siguiente gráfico muestra el porcentaje de población según el nivel educativo alcanzado. Integran la

muestra una serie de países integrantes de la UE, la media de la Unión, de la Eurozona y Suiza.

La primera y principal conclusión que se deriva de su análisis es que España padece un problema por los extremos, pues comparada con el resto de países de la muestra y con la media de la Unión Europea y de la eurozona, cuenta con unos porcentajes de población poco cualificados y muy cualificados más elevados. Dicho de otra forma, los datos corroboran la tesis de que nuestro país sufre un problema tanto de infra como de sobrecualificación o, si se prefiere, de hipotrofia para los grupos intermedios que han superado la educación secundaria y postobligatoria no universitaria.

En concreto, en la franja de los que cuentan con un nivel de formación inferior a la obligatoria, España está cerca de veinte puntos por encima de la media europea, que se encuentra en el 29,7%, frente al 48,4% de nuestro país. Si se compara con el resto de países de la zona euro, la diferencia es de quince puntos. España se integraría así, junto con Portugal (60,6%), Italia (46,6%) y Grecia (38%), el grupo de Estados con menores niveles de cualificación, por superar las barreras marcadas por la media europea y de la eurozona. En el otro extremo, los que cuentan con un porcentaje de población poco cualificada menor, estarían Suiza (18,4%), Alemania (19,7%) y Austria (21,7%).

Gráfico 1. Porcentaje de población según nivel educativo alcanzado



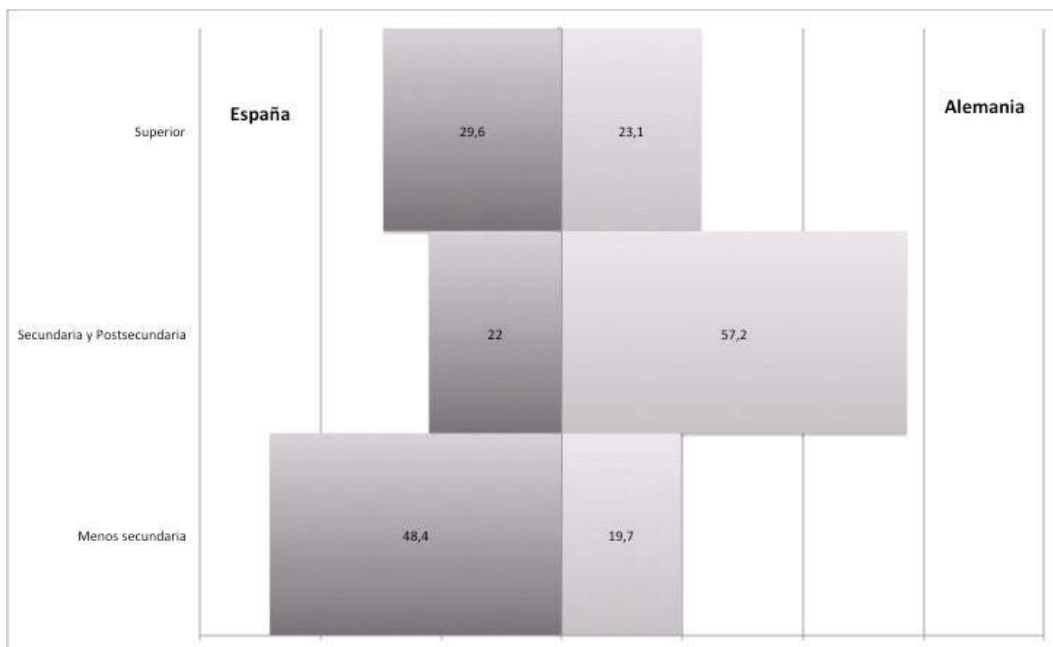
Fuente: Eurostat. Año 2014. Los niveles educativos están clasificados de acuerdo con el *International Standard Classification of Education (ISCED)*, elaborado por la UNESCO, en su versión de 2011. “Menos de secundaria”: menos de educación primaria, primaria y secundaria de primer ciclo (niveles de 0 a 2); “secundaria y postsecundaria” comprende a los que han culminado la educación secundaria y quienes han continuado estudios posteriores no universitarios (niveles 3 a 5); “superior” incluye la educación universitaria de grado y postgrado (niveles 6 a 8). Franja de edad: de 15 a 74 años.

De otra parte, en la franja superior también tendríamos, como decíamos, un problema de sobrecualificación, al menos desde un punto de vista comparativo. En nuestro país, el 29,6% de la población cuenta con un título universitario de grado o de postgrado, lo que nos sitúa 4,7 puntos por encima de la media de la Unión Europea y 5,4 puntos por encima de la media de la zona euro. Nuestro país se encontraría en una situación comparable a países como Francia (28,7%), Holanda (28,5%) o Dinamarca (28,4%), pero alejada de los que se sitúan en cabeza, como el Reino Unido (35,7%), Finlandia (33,8%), Irlanda, 33,5% y Suiza (33,2%). De otra parte, por debajo de la media comunitaria estarían Italia (13,5%), Portugal (18%), Grecia (23%) o Alemania (23,1%).

El análisis de estos datos relativiza el problema de sobrecualificación a que hemos hecho mención. Si contamos con un porcentaje de universitarios no especialmente destacado pero similar al de otros países de nuestro entorno, entonces puede que las deficiencias estén más bien en nuestra estructura productiva, que no sería capaz de absorber el número de trabajadores con estudios superiores que salen de las universidades españolas, lo que provoca que muchos de ellos deban dedicarse a tareas de inferior cualificación a las que les correspondería por su nivel estudios. Ello, no obstante, sin perjuicio de que para determinadas carreras el volumen de graduados pueda ser excesivo. En todo caso, teniendo como referente una estrategia que trate de cambiar el sistema productivo, los datos evidencian que no sería necesario tanto incentivar un trasvase a la formación profesional desde este grupo como que tal flujo se produzca desde los poco o no cualificados.

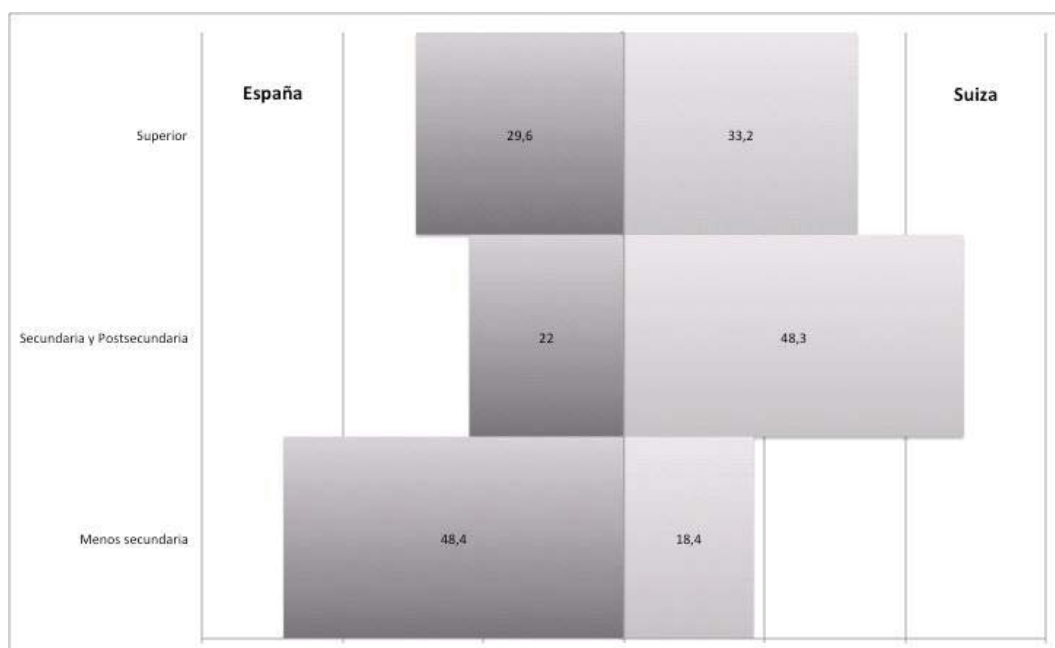
En este sentido no existe un modelo claro entre aquellos países que han apostado por la formación profesional como un elemento clave de su sistema educativo. Así, podríamos distinguir dos submodelos diferenciados: de una parte, aquél en el que la siguiente pieza central es la formación superior; de otra, aquel otro en el que ésta juega un papel muy reducido, de lo que se deriva una preponderancia absoluta de la postsecundaria de naturaleza profesional. Los siguientes gráficos nos permiten realizar la comparativa.

Gráfico 2. % población según nivel de estudios alcanzados para España y Alemania



Fuente: Eurostat. Año 2014. Los niveles educativos están clasificados de acuerdo con el *International Standard Classification of Education (ISCED)*, elaborado por la UNESCO, en su versión de 2011. “Menos de secundaria”: menos de educación primaria, primaria y secundaria de primer ciclo (niveles de 0 a 2); “secundaria y postsecundaria” comprende a los que han culminado la educación secundaria y quienes han continuado estudios posteriores no universitarios (niveles 3 a 5); “superior” incluye la educación universitaria de grado y postgrado (niveles 6 a 8). Franja de edad: de 15 a 74 años.

Gráfico 3. % según nivel de estudios alcanzados para España y Suiza



Fuente: Eurostat. Año 2014. Los niveles educativos están clasificados de acuerdo con el *International Standard Classification of Education (ISCED)*, elaborado por la UNESCO, en su versión de 2011. “Menos de secundaria”: menos de educación primaria, primaria y secundaria de primer ciclo (niveles de 0 a 2); “secundaria y postsecundaria” comprende a los que han culminado la educación secundaria y quienes han continuado estudios posteriores no universitarios (niveles 3 a 5); “superior” incluye la educación universitaria de grado y postgrado (niveles 6 a 8). Franja de edad: de 15 a 74 años.

En el gráfico 2 se compara el porcentaje de población según el nivel de estudios alcanzados entre España y Alemania, mientras que en el Gráfico la comparativa es con Suiza. Tanto Alemania como Suiza han apostado de una forma decidida por la formación profesional, lo que implica que el 57,2% de la población en el primer caso y el 48,3% en el segundo hayan culminado la educación secundaria obligatoria y/o estudios de formación postobligatoria. Ello a su vez se traduce en unos niveles relativamente bajos de poco cualificada (19,7% y 18,4% respectivamente). La situación es completamente diferente a la española (a la izquierda) que, como vimos, se caracteriza por unos altos porcentajes de población poco cualificada (48,4%) y bajos niveles de población con estudios secundarios y post obligatorios no universitarios (22%).

En lo que a la educación superior, las diferencias entre Suiza y Alemania son relativamente importantes, pues se distancian en cerca de 10 puntos porcentuales, a pesar de que ambas gozan de unos niveles superiores a la media de la Unión. España,

por su parte, se situaría en una posición intermedia entre ambos, con un 29,6% de población con estudios universitarios. Estos datos evidencian dos modelos diferentes que teniendo como denominador común el fomento de la formación profesional, dan una importancia diferente a la superior. Adicionalmente, el caso suizo evidencia, como también ocurre con Bélgica (31,2%), Dinamarca (28,4%) y, en menor medida, Austria (26,1%), que el fomento de la educación de niveles intermedios no tiene por qué ir en perjuicio de la educación superior.

De ahí que en el plano educativo lo verdaderamente importante sea mejorar la formación de la población con escasa o nula cualificación, de tal forma que se produzca un trasvase de efectivos de la franja baja a la intermedia. En el productivo, es importante desarrollar nuevos sectores que den cabida a esa población mejor formada, de tal forma que el problema de la sobrecualificación no se repita en esa segunda franja (y se reduzca consiguientemente también en la primera). En este sentido, no parece que tengamos un exceso de universitarios, sino un déficit de plazas o puestos de trabajo para tal nivel de cualificación. Por el contrario, sí tenemos un exceso de población poco o nada cualificada, cuya formación, es preciso mejorar.

III. VICISITUDES EN EL CONTRATO DE TRABAJO*

3.1. Introducción

Durante el año 2015 no se han producido cambios legislativos en materia de vicisitudes en el contrato de trabajo. Las mayores novedades las ha aportado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y la doctrina judicial de la Audiencia Nacional (en adelante, AN), que han aportado claridad sobre multitud de problemas. Por destacar algunas de las cuestiones, debemos referirnos a la clarificación de las consecuencias de la constitución defectuosa de la Comisión negociadora en el marco de una modificación de condiciones sustanciales; el ámbito de cómputo que debe tenerse en cuenta para poder entender que se ha asumido una parte esencial de la plantilla de la contratista anterior; el alcance del control judicial de la causa en las decisiones extintivas tanto individuales como colectivas; qué sujetos se hallan legitimados para la impugnación de un despido colectivo; los documentos que deben aportarse en el marco de un despido colectivo; el contenido de la carta en las extinciones objetivas individuales por razones objetivas; la validez de un acuerdo de un despido

* Han colaborado en la redacción de este apartado Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Joaquim CASANOVAS SAINZ, Alfonso ESTEBAN MIGUEL, Luis GORDO GONZÁLEZ, David GUTIÉRREZ COLOMINAS (Coordinador), Remedios MENÉNDEZ CALVO, Adrián TOLODÍ SIGNES, Juan Alberto TORMOS PÉREZ, y Alicia VILLALBA SÁNCHEZ.