

ESTUDIO COMPARADO DEL PROYECTO PORTUGUES DE CODIGO DEL TRABAJO DE 2002 Y DE LA LEGISLACION LABORAL ESPAÑOLA VIGENTE, EN MATERIA DE RESTRICCIONES A LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO*

Jesús Martínez Girón

1. La comparación a que se refiere este escrito, centrada en el análisis de los contratos de trabajo “ordinarios” a término¹, toma como puntos de referencia, de un lado, las Subsecciones I (“Condición y término”) y II (“Término resolutorio”) de la Sección VIII (“Cláusulas accesorias”) del Capítulo I (“Disposiciones generales”) del Título II (“Contrato de trabajo”) del Libro I (“Parte general”), artículos 123 a 141, del Proyecto portugués de Código del Trabajo del pasado año², que posee en general una envidiable pureza sistemática; y de otro lado, lo que sólo cabe denominar como “legislación laboral española vigente”, dado el carácter clamorosamente asistemático que tiene en España, en cambio, la regulación del tema de los contratos de trabajo a término y, en consecuencia, el de las restricciones a su celebración, puesto que la misma aparece desperdigada no sólo en diversas leyes laborales en sentido estricto que cabe calificar de verdaderas leyes laborales estructurales -fundamentalmente, pero no únicamente, en el Estatuto de los Trabajadores de 1995³-, sino también en otras leyes interdisciplinarias de vigencia coyuntural (reguladoras, entre otras muchas cosas, por ejemplo, de la cotización a la Seguridad Social y de los programas estatales de fomento del empleo), que son en sustancia las sucesivas leyes anuales de presupuestos generales del Estado (para el

* Ponencia leída y debatida en el “Encontro Europeu sobre o Código do Trabalho. Aspectos Cruciais em debate”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lisboa los días 27 y 28 de febrero de 2003.

1 Excluyo, por ello, de lo que sigue el examen, por ejemplo, de los contratos formativos o de las relaciones laborales especiales (personal de alta dirección, empleados de hogar, deportistas profesionales, etc.); y también, el de algún otro supuesto todavía más extraordinario, como el caso de los profesores “contratados” a término por Universidades públicas, recientemente laboralizados en España por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre (*Boletín Oficial del Estado* de 24 diciembre 2001), de Universidades.

2 Localizable en www.parlamento.pt. (aunque manejo esta versión con las enmiendas a la misma derivadas del proceso portugués de concertación social, al parecer todavía en curso, que amablemente me facilitó el profesor Antonio NUNES DE CARVALHO, con fecha 30 enero 2003). Asimismo, las citas que luego se efectúan del Código del Trabajo francés tienen en cuenta la versión circulante de este último, accesible en www.legifrance.gouv.fr.

3 Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo (*Boletín Oficial del Estado* de 29 marzo 1995), enmendado. Quizá por causa de los incesantes cambios que padece la legislación laboral española, el Gobierno español viene incumpliendo sistemáticamente el mandato, que se remonta al año 1980, contenido ahora en la disposición adicional 8ª del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (expresamente rubricada “Código del Trabajo”), según la cual “[e]l Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recogerá en un texto único denominado Código del Trabajo, las distintas leyes orgánicas y ordinarias que, junto con la presente, regulan las materias laborales, ordenándolas en Títulos separados,

corriente año 2003, la vigente es la Ley 52/2002, de 30 diciembre⁴) y, también, las sucesivas leyes anuales de medidas fiscales, administrativas y de orden social, popularmente llamadas en España leyes “de acompañamiento” a las de los presupuestos generales del Estado (siendo la vigente sobre el tema, igualmente para este corriente año 2003, la Ley 53/2002, de 30 diciembre⁵).

2. Pues bien, sobre esta base, lo primero a destacar es que la legislación española resulta ser mucho más restrictiva que el Proyecto portugués de Código del Trabajo, en relación con las “situaciones”, los “supuestos” o los “casos” en que se permite la celebración de contratos de trabajo a término. Y ello, no tanto desde el punto de vista cuantitativo -aun siendo cierto que contrastan, y contrastan bastante, las diez “situaciones” y “casos” a que alude el artículo 125 del Proyecto portugués, en sus apartados 2 y 3, con los sólo cuatro “supuestos” del artículo 15.1, párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores⁶ (esto es, el contrato de obra o servicio determinados⁷, el contrato eventual⁸, el contrato de interinidad⁹ y el contrato de inserción¹⁰)-, sino sobre todo desde el punto de vista cualitativo, puesto que el Proyecto portugués aparentemente no sólo concibe como temporales -por ejemplo, en la letra *e*) del apartado 2 del citado art. 125¹¹-

uno por Ley, con numeración correlativa, respetando íntegramente su texto literal” (párrafo 1º), teniendo en cuenta que “[a]simismo se incorporarán sucesiva y periódicamente a dicho Código de Trabajo todas las disposiciones generales laborales mediante el procedimiento que se fije por el Gobierno en cuanto a la técnica de incorporación, según el rango de las normas incorporadas” (párrafo 2º).

4 *Boletín Oficial del Estado* de 31 diciembre 2002.

5 *Boletín Oficial del Estado* de 31 diciembre 2002.

6 El mismo contraste existe igualmente, desde la perspectiva del Código del Trabajo francés, cuyo artículo L.122-1 -después de sentar la regla general de que “[e]l contrato de trabajo de duración determinada no puede tener ni por objeto ni por efecto cubrir duraderamente un empleo ligado a la actividad normal y permanente de la empresa” (párrafo 1º)- afirma que tal contrato sólo puede concluirse en los cuatro “casos” que menciona su apartado 1 (interinidad, incremento temporal de la actividad de la empresa, empleos estacionales o asimilados y sustitución de ciertos trabajadores autónomos sanitarios); supuestos a los que hay que añadir otros dos adicionales, luego mencionados en el artículo L.122-2 (fomento de empleo de parados y compromiso empresarial de complemento de formación profesional).

7 Según la letra *a*) de dicho precepto, “podrán celebrarse contratos de duración determinada [...] Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta” (inciso 1º).

8 Según la letra *b*) de dicho precepto, “podrán celebrarse contratos de duración determinada [...] Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa” (inciso 1º).

9 Según la letra *c*) de dicho precepto, “podrán celebrarse contratos de duración determinada [...] Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución”. Además de este supuesto (denominado de interinidad “por sustitución”), téngase en cuenta que el Real Decreto 2720/1998, de 18 diciembre (*Boletín Oficial del Estado* de 8 enero 1999), por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, igualmente autoriza la denominada interinidad “por vacante”, al afirmar que “[e]l contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva” (artículo 4.1, párrafo 2º).

10 Según la letra *d*) de dicho precepto, “podrán celebrarse contratos de duración determinada [...] Cuando se contrate a un trabajador desempleado, inscrito en la oficina de empleo, por parte de una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro y el objeto de dicho contrato temporal de inserción, sea el de realizar una obra o servicio de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente” (párrafo 1º, inciso 1º).

11 El propio Proyecto, pero en el artículo 128.2.c), se refiere lacónicamente a “[a]ctividades estacionales”, para supuestamente aludir a lo mismo.

contratos que en España tienen el carácter de verdaderos contratos sin término -como los contratos de los llamados trabajadores “fijos-discontinuos”¹²-, sino también porque autoriza ciertos contratos de trabajo a término -por ejemplo, los de las letras *a)* y *b)* del apartado 3 del propio artículo 125 (esto es, el contrato de lanzamiento de nueva actividad y el contrato temporal de fomento de empleo de trabajadores, entre otros, en búsqueda de su primer empleo o parados de larga duración, respectivamente)-, cuya celebración quedó radicalmente prohibida en España desde 1997.

3. Otro aspecto en que la legislación laboral española resulta igualmente más restrictiva que el Proyecto portugués de Código del Trabajo, se refiere al tema de la duración máxima posible de los contratos de trabajo a término cierto. En efecto, según el apartado 1 del artículo 135 del Proyecto, como regla general, “[e]l contrato a término cierto dura por el período acordado, no pudiendo, en cualquier caso, exceder tres años incluyendo renovaciones”, y teniendo en cuenta, también como regla general, que “[l]a duración máxima del contrato a término cierto, incluyendo renovaciones, no puede exceder dos años en los casos previstos en el número 3 del artículo 125”¹³, anteriormente citados¹⁴. En cambio, según el artículo 15.1, párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo eventual -que es, de los cuatro supuestos de contratos temporales autorizados por dicho precepto, el único en que cabe pactar en sentido estricto verdadero término cierto¹⁵- no puede tener, como regla general, una duración continuada o discontinua superior a “seis meses”¹⁶, eventualmente ampliable hasta “doce meses” como máximo, pero esto último sólo si así lo autorizase expresamente el correspondiente convenio colectivo sectorial (no de empresa) aplicable al contrato¹⁷.

12. Según el artículo 15.8, párrafo 1º, del Estatuto de los Trabajadores, “[e]l contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa” (inciso 1º), teniendo en cuenta que “[a] los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido” (inciso 2º). En este punto, el Código del Trabajo francés adopta una posición intermedia, visto que su artículo L.122-3-15 afirma lo siguiente: “Un convenio o un acuerdo colectivo puede prever que cualquier empresario que haya ocupado a un trabajador en un empleo de carácter estacional debe proponerle, salvo causa real y seria, un empleo de la misma naturaleza, para la misma estación del año siguiente” (párrafo 2º, inciso 1º).

13. Cfr. apartado 4 del propio artículo 135. Este mismo apartado continúa afirmando que la regla de los dos años en cuestión se aplica, “salvo cuando se trate de trabajadores en busca del primer empleo cuya contratación a término no puede exceder dieciocho meses”.

14. Téngase en cuenta, desde la perspectiva del Código del Trabajo francés, que en Francia la regla general es que “[l]a duración total del contrato [de duración determinada] teniendo en cuenta, en su caso, la renovación no puede exceder de dieciocho meses” (artículo L.122-1-2, parágrafo II, inciso 1º).

15. Por eso, el artículo 2.2, párrafo 2º, del citado Real Decreto 2720/1998 afirma que “[s]i el contrato [para obra o servicio determinados] fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo [...]”.

16. En efecto, según el artículo 15.1, párrafo 2º, letra *b)*, del Estatuto de los Trabajadores, estos contratos “podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas [acumulación de tareas, exceso de pedidos, etc.]” (inciso 2º).

17. En efecto, según el artículo 15.1, párrafo 2º, letra *b)*, del Estatuto de los Trabajadores, “[p]or convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir” (inciso 3º), teniendo en cuenta que “[e]n tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses” (inciso 4º).

4. Este posible incremento convencional del período de duración del contrato eventual, siempre hasta doce meses como máximo, se considera asimismo en España una importante restricción a la celebración de los contratos de trabajo a término, pues desde 1994 y hasta 1997 el Estatuto de los Trabajadores no imponía sobre ello ningún límite a los convenios colectivos sectoriales, que tenían en consecuencia completa libertad de fijación de la duración máxima de los contratos de trabajo eventuales.

Por lo demás, esta última constituye una de las hasta nueve autorizaciones distintas, pero a propósito de asuntos muy concretos, que contiene el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, al efecto de que la negociación colectiva module ciertos aspectos del régimen jurídico legal de los contratos de trabajo a término¹⁸, autorizaciones tasadas que también contrastan con lo dispuesto en el artículo 124 del Proyecto portugués de Código del Trabajo -sobre general y radical dispositividad del propio Proyecto, en cuanto a la regulación que el mismo efectúa de los contratos de trabajo a término¹⁹-, según el cual “[a]l contrato de trabajo sujeto a término resolutorio le son aplicables los preceptos de las subsecciones siguientes, que pueden ser apartados o modificados por instrumento de reglamentación colectiva de trabajo, excepto en lo que respecta a lo dispuesto en la letra b) del número 3 del artículo 125”, del que se hablará seguidamente.

5. Asimismo, la legislación laboral española resulta ser de nuevo más restrictiva que el Proyecto portugués, pero ahora en lo relativo al fomento estatal de la celebración de contratos de trabajo a término. En efecto, de acuerdo con el Proyecto portugués de Código del Trabajo, parece haber la existencia en Portugal de una política estatal de fomento general de la contratación laboral a término, pues su recién citado artículo 125.3.b) permite la “[c]ontratación de trabajadores en busca de primer empleo o de desempleados de larga duración o en otras situaciones previstas en la legislación especial de política de empleo”²⁰. En cambio, en España, el fomento

18 De acuerdo con dicho precepto, además de la autorización recién mencionada, cabe también que los convenios colectivos puedan: 1) “determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa” [apartado 1, párrafo 2º, letra b), párrafo 3º]; 2) “establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal” (apartado 3); 3) reconocer a los trabajadores temporales “los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida [...] de manera proporcional, en función del tiempo trabajado” (apartado 6, párrafo 1º); 4) computar la “previa antigüedad del trabajador [...] según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación” (apartado 6, párrafo 2º); 5) establecer mecanismos para “informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales [...] sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores” (apartado 7, párrafo 1º); 6) “establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos” (apartado 7, párrafo 2º); 7) establecer “medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales” (apartado 7, párrafo 3º); y 8) acordar “los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos” (apartado 8, párrafo 3º).

19 El Código del Trabajo francés, en cambio, da entrada a la negociación colectiva, pero sólo a algunos efectos concretos; y así, por ejemplo, para definir empleos asimilados a los estacionales (artículo L.122-1-1.3º), para incrementar la indemnización legal mínima por extinción a causa de la llegada del término (artículo L.122-3-4, párrafo 2º) o para regular la prórroga para la estación subsiguiente de los contratos estacionales (artículo L.122-3-15).

20 En línea, por tanto, con lo previsto con carácter general por el Código del Trabajo francés, cuyo artículo L.122-2.1º afirma que “[e]l contrato de trabajo puede igualmente concluirse para una duración determinada [...] Cuando sea concluido al amparo de disposiciones legislativas y reglamentarias destinadas a favorecer la contratación de ciertas categorías de personas sin empleo”.

público de la contratación temporal, si referida a trabajadores “ordinarios”²¹, quedó proscrito a partir de 1997.

Es más. De acuerdo con la legislación española actualmente vigente, se penaliza incluso a quienes celebran contratos temporales de obra o servicio determinados (a término incierto) y, también, a quienes conciertan contratos de trabajo eventuales (a término cierto)²², obligando al empresario y al trabajador a cotizar por desempleo, en ambos supuestos, un 0,75 por 100 más sobre los salarios reales (del que el 0,7 por 100 lo paga el empresario, y el 0,05 por 100 restante, el trabajador), si se tratase de contratos a jornada completa²³, y un 1,75 por 100 más -también sobre los salarios reales (del que el 1,7 por 100 lo paga el empresario, y el 0,05 por 100 restante, el trabajador)-, si se tratase de contratos a tiempo parcial²⁴, porcentajes estos que se añaden a la cotización “normal” por desempleo (en caso, por ejemplo, de celebración de contratos sin término) del 7,55 por 100 (del que el 6 por 100 lo paga el empresario, y el 1,55 por 100 restante, el trabajador), siempre sobre los salarios reales²⁵. La penalización para el empresario español es mayor todavía, en la hipótesis de celebración de contratos a término resolutorio cortísimo, pues “[e]n los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea inferior a siete días, la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes [esto es, por accidente no laboral y por enfermedad no profesional] se incrementará en un 36 por 100”²⁶, aunque teniendo en cuenta que este “incremento no será de aplicación a los contratos de interinidad”²⁷.

6. Me parece trascendental destacar, además, que esta peculiar regulación española actual de la celebración de contratos de trabajo a término resultaría imposible de entender, si es que se hace abstracción del dato de que España era uno de los países de la Unión Europea con más alto índice de desempleo y de precariedad en el trabajo, precisamente a mediados de la década de los años noventa del siglo pasado. Y de ahí, para corregir en lo posible dicha lamentable e indeseable situación, que las asociaciones empresariales y las centrales sindicales españolas más representativas a nivel estatal firmasen, en 1997, el denominado “Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo”, nunca publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, pero a cuyo contenido dio plena eficacia jurídica el Gobierno español, mediante la promulgación de dos importantísimas normas, que fueron las siguientes.

21 No, en cambio, en la hipótesis de “minusválidos” desempleados, que desde siempre han contado con sus propios programas específicos de fomento estatal de su contratación temporal o indefinida. Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRON, “Reiteración de la contratación temporal, fomento de la contratación indefinida y fomento de la movilidad geográfica”, en *Actualidad Laboral*, núm. 33, semana del 9 al 15 septiembre 2002, pág. 696 y nota 49. Cfr., además, otros concretos supuestos a que se alude *infra*, notas 27 y 39.

22 Para otra prueba de que la contratación laboral temporal resulta relativamente “odiosa”, también en el Proyecto portugués de Código del Trabajo, véase el artículo 134 de este último.

23 Véase artículo 81.Nueve.2.A).b), párrafo 1º, número 1º, de la citada Ley 52/2002, de presupuestos generales del Estado para el año 2003.

24 Véase artículo 81.Nueve.2.A).b), párrafo 1º, número 2º, de la citada Ley 52/2002, de presupuestos generales del Estado para el año 2003.

25 Véase artículo 81. Nueve.2.A).a) de la citada Ley 52/2002, de presupuestos generales del Estado para el año 2003.

26 Véase disposición adicional 6ª, inciso 1º., de la Ley 12/2001, de 9 julio (*Boletín Oficial del Estado* de 10 julio 2001), de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

27 *Ibidem*, inciso 2º. La propia Ley 12/2001 regula un régimen totalmente privilegiado de bonificaciones de los contratos de interinidad para la sustitución de “trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo” (cfr. su disposición adicional 2ª).

En primer lugar, el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 mayo²⁸, sobre “medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida”, que procedió a modificar profundamente la regulación del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos temporales, haciendo suya cierta afirmación del mencionado Acuerdo Interconfederal, en el que -según la exposición de motivos de este Real Decreto-Ley- “se reconoce explícitamente que el contexto actual [esto es, el del año 1997] se caracteriza por la alta tasa de desempleo existente en nuestro país (22 por 100 de la población activa), así como por la temporalidad (34 por 100) y rotación de la contratación laboral que tiene graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social”²⁹.

En segundo lugar, el Real Decreto-Ley 9/1987, de 16 mayo³⁰, sobre “incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo”, verdadero *pendant* del anterior, que estableció un programa coyuntural -en principio, de vigencia sólo por “veinticuatro meses”³¹- de estímulos públicos a los empresarios para que realizasen contrataciones de trabajadores sin sujetarlas a término; programa que acabó teniendo -desde 1999 y hasta la actualidad- periodicidad de carácter anual, al aparecer incluido en las sucesivas leyes anuales “de acompañamiento”, de que antes se hizo mención³².

7. De estas dos normas -y por supuesto, del Acuerdo Interconfederal de 1997 de que acaba de hablarse- trae causa, por tanto, la vigente legislación laboral española en materia de celebración de contratos temporales, centrada en el fomento estatal de la celebración de contratos de trabajo sin término. En efecto, sobre la base -como afirma hoy el art. 17.3 del Estatuto de los Trabajadores- de que “el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo”³³, y de que estas medidas “se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido”³⁴, lo que se fomenta desde 1997 en España es sobre todo un tipo nuevo y muy peculiar de contrato de trabajo estable, legalmente denominado “contrato para el fomento de la contratación indefinida”; contrato que posee una regulación normativa específica y “coyuntural”, al margen de la estructural contenida en el Estatuto de los Trabajadores³⁵, caracterizada en lo esencial por estas dos notas.

28 *Boletín Oficial del Estado* de 17 mayo 1997.

29 Véase, en dicha exposición de motivos, su apartado I, párrafo 4. En ella, igualmente se afirmaba que “se indica en el Acuerdo interconfederal que la actual tasa de desempleo juvenil (42 por ciento de la población menor de veinticinco años) aconseja la adopción de medidas específicas para este colectivo que [...] permitan que pueda incorporarse al mercado laboral en términos de mayor estabilidad que hasta ahora” (*ibidem*, párrafo 5°).

30 *Boletín Oficial del Estado* de 17 mayo 1997.

31 Véase su disposición final 3ª.1.

32 Esta nueva periodicidad la inauguró la Ley 50/1998, de 30 diciembre (*Boletín Oficial del Estado* de 31 diciembre 1998), de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuya disposición adicional 43ª fijó el “Programa de fomento del empleo estable para 1999”.

33 Párrafo 2°, inciso 1°.

34 Párrafo 3°.

35 Según la citada Ley 12/2001, que es la que sustancialmente contiene su régimen jurídico hoy vigente, “[e]n el marco del diseño de los planes y programas de política de empleo y del análisis del funcionamiento del mercado de trabajo, el Gobierno procederá a evaluar los efectos de esta medida para el fomento de la contratación indefinida, a fin de determinar la necesidad o no del mantenimiento de la misma y proponer, en su caso, las modificaciones que procedan” (disposición adicional 1ª.4).

En primer lugar, porque su celebración le permite al empresario pagar proporcionalmente menos a la Seguridad Social española por cada trabajador así contratado³⁶, durante periodos de tiempo variables (generalmente, los dos primeros años de vigencia del contrato) y en concepto de cotizaciones sociales por riesgos comunes, en los términos actualmente previstos por la citada Ley 53/2002 (“de acompañamiento” a la vigencia de presupuestos generales del Estado), reguladora del “Programa de fomento del empleo para el año 2003”³⁷, que en sustancia otorga dicha clase de incentivos a “[l]as empresas que [a partir de 1 enero 2003] contraten indefinidamente”³⁸ y, también, a las que procedan a “la transformación en indefinidos [...] de los contratos de duración determinada o temporales, celebrados con anterioridad al 1 de enero de 2003”³⁹.

En segundo lugar, porque en caso de ruptura ilícita por el empresario de este peculiar contrato sin término -siempre y cuando el empresario en cuestión alegase para rescindirle razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que no fuesen de carácter colectivo⁴⁰-, se abarata la indemnización a pagar al trabajador por su despido “improcedente” (esto es, injusto), que en vez de la indemnización usual de 45 días de salario por año trabajado (o la parte proporcional, si se hubiese trabajado menos de un año) con el máximo de 42 mensualidades⁴¹, pasa a ser -siempre de acuerdo con lo pactado, en 1997, por las asociaciones patronales y las centrales sindicales más representativas a nivel estatal- la indemnización más reducida de sólo 33 días de salario por año trabajado (o la parte proporcional, si se hubiese trabajado menos de un año) con el máximo de 24 mensualidades⁴².

8. En congruencia con lo que acaba de exponerse, se comprende que lo que en el Proyecto portugués de Código del Trabajo aparece concebido como restricciones a la celebración de contratos a término sucesivos, cuando no hubiese concluido la vigencia del primero en la serie por motivo no imputable al trabajador -literalmente, según el apartado 1 de su artículo 128, “[l]a cesación, por motivo no imputable al trabajador, de contrato de trabajo a término impide nueva admisión a término para el mismo puesto de trabajo, antes de transcurrido un período de tiempo equivalente a un tercio de la duración del contrato, incluyendo sus renovaciones”⁴³-, en la legislación española, en cambio, se concibe como restricciones a la celebración de un posterior contrato de trabajo

36 Estos trabajadores potencialmente contratables a través del “contrato para el fomento de la contratación indefinida”, tal y como los define la disposición adicional 1ª de la citada Ley 12/2001, pertenecen a “grupos” tan amplios (jóvenes desempleados de dieciséis a treinta años de edad, desempleados mayores de cuarenta y cinco años, parados al menos inscritos 6 meses como desempleados, etc.), que virtualmente se solapan con los trabajadores casuísticamente definidos en los sucesivos programas de fomento de empleo, como el vigente para el año 2003, a ver a continuación.

37 Véase su larguísimo y complejísimo artículo 47.

38 Véase su artículo 47.Uno. 1.1.

39 Véase su artículo 47.Uno.2. Inopinadamente y por excepción excepcionalísima, esta misma Ley afirma que “[l]as empresas y entidades sin ánimo de lucro que contraten, indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos-discontinuos, o *temporalmente*, trabajadores desempleados en situación de exclusión social [esto es, con problemas de drogadicción o alcoholismo, ex-presidarios, etc.], podrán acogerse a las bonificaciones previstas en esta norma en los términos que en la misma se indican” (artículo 47 Uno.1.1, inciso 1º).

40 Esto es, un supuesto del legalmente denominado “despido objetivo”, ex artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

41 Cfr. artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

42 Cfr. disposición adicional 1ª.4 de la citada Ley 12/2001.

43 Sobre las excepciones a esta regla general, véase el apartado 2 del propio precepto. El tema, aunque con un tratamiento peculiar y bastante diferente, aparece regulado en el artículo L.122-2-1 del Código del Trabajo francés.

sin término, pues -según ella- “[n]o podrá concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida [...] la empresa que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes o hubiera procedido a un despido colectivo”⁴⁴, aunque teniendo en cuenta que “[e]n ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo”⁴⁵.

9. Ahora bien, a pesar de todos los intentos, desde 1997, por estimular la celebración de contratos de trabajo estables, lo cierto es que los empresarios españoles parecen seguir manifestando tener una querencia irresistible por los contratos de trabajo precarios, lo que se traduce en la continuada existencia en España, también al día de hoy, de alarmantes índices de contratación temporal fraudulenta⁴⁶. Por ello, tras el fracaso el pasado 2002 de las correspondientes negociaciones con las asociaciones empresariales y las centrales sindicales más representativas a nivel estatal, el Gobierno español promulgó el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 mayo⁴⁷, “de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad” -promulgación protestada con la convocatoria de una huelga general el día 20 junio 2002, en plena presidencia semestral española de la Unión Europea-, que fue luego transformado, dulcificado y derogado por la homónima Ley 45/2002, de 12 diciembre⁴⁸, la cual pretende, entre otras varias cosas, reforzar todavía más el fomento de la contratación laboral sin término -sin tocar la pieza clave del sistema, esto es, el antes citado “contrato para el fomento de la contratación indefinida”- y disuadir al mismo tiempo el fraude de ley, mediante la implantación de las dos novedosas medidas siguientes, cuya virtualidad práctica está todavía por demostrar.

En primer lugar, abaratar aún más el despido improcedente de cualquier trabajador (también, por tanto, del contratado sin término), eliminando de hecho los salarios (“salarios de tramitación”) comprendidos entre la fecha del despido y la de la sentencia judicial, y que tradicionalmente el empresario debía pagar en el caso de que el despido impugnado fuese judicialmente declarado improcedente⁴⁹.

En segundo lugar, crear un nuevo proceso judicial laboral especial de Seguridad Social, minuciosamente regulado ahora en el nuevo artículo 145bis de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995⁵⁰, que permite a la entidad pública gestora de las pres-

44 Cfr. disposición adicional 1ª.5, párrafo 1º, inciso 1º, de la cita Ley 12/2001.

45 *Ibidem*, inciso 2. Según el párrafo 2º de esta misma norma, “[e]sta limitación no será de aplicación en el supuesto de despido colectivo cuando la realización de los contratos a los que se refiere la presente disposición haya sido acordada con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas previsto [...]”. Téngase en cuenta que el plazo de exclusión se eleva a “doce meses”, al efecto de poder beneficiarse de las bonificaciones reguladas en el “Programa de fomento del empleo para el año 2003”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.Ocho.2 de la citada Ley 53/2002.

46 Por todos, véase J. MARTINEZ GIRON, “Reiteración de la contratación temporal, fomento de la contratación indefinida y fomento de la movilidad geográfica”, cit., págs. 688 ss.

47 *Boletín Oficial del Estado* de 25 mayo 2002.

48 *Boletín Oficial del Estado* de 13 diciembre 2002.

49 Al día de hoy (cfr. artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción que le dio la citada Ley 45/2002), el empresario queda excusado de tener que pagar dichos “salarios de tramitación”, supuesto que se cumplan las tres condiciones siguientes: 1) que “el empresario reconociera la improcedencia” del despido; 2) que “ofreciera la indemnización [...], depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste”; y 3) que el “depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido”, debiendo abonar en otro caso “los salarios [de tramitación] devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito”, si efectuado éste una vez transcurridas dichas 48 horas.

taciones por desempleo (esto es, al Instituto Nacional de Empleo) demandar judicialmente al empresario, en el caso de “reiterada contratación temporal [...] abusiva o fraudulenta” que hubiese dado lugar al cobro por el trabajador de sucesivas prestaciones por desempleo⁵¹, con la finalidad de que dicho empresario “sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal [...], así como [para obtener] la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes”⁵².

10. En fin, el propio régimen de la extinción de los contratos de trabajo a término -que de algún modo puede llegar a incidir sobre su celebración- también revela que se trata de contratos no queridos por el legislador español, pues el Estatuto de los Trabajadores, aunque asistemáticamente -esto es, al proceder a regular la denuncia extintiva de tales contratos, en su artículo 49.1.c)⁵³-, presume la conversión del contrato en uno sin término, si transcurre el término máximo (cierto o incierto) pactable y, a pesar de ello, continuase el trabajador en la prestación de sus servicios (aunque sea por un solo día)⁵⁴, además de imponer al empresario -tras la extinción del contrato eventual y del de obra o servicio determinados, previa denuncia de sus respectivos términos- el pago al trabajador precario cesado de una “indemnización” de cuantía mínima “equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio”⁵⁵. Todo ello, a diferencia de lo que ocurre en el Proyecto portugués de Código del Trabajo, que aunque prevé -también asistemáticamente- la indemnización automática por cese del trabajador precario⁵⁶, permite en su artículo 141 la prolongación transitoria de ciertos contratos a término, una vez desaparecidas las situaciones que justificaron su celebración, afirmando que “[s]e considera contratado sin término el trabajador que permanezca en el desempeño de su actividad tras la fecha

50 Aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril (*Boletín Oficial del Estado* de 11 abril 1995), enmendado.

51 Cfr. el apartado 1, párrafo 1º, de dicho nuevo artículo 145bis. Dicha reiteración de contratos tiene que haberse producido “en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones” (*ibidem*).

52 *Ibidem*. Según su párrafo 4º, “[l]o dispuesto en este apartado no conllevará la revisión de las resoluciones que hubieran reconocido el derecho a las prestaciones por desempleo derivadas de la finalización de los reiterados contratos temporales, que se considerarán debidas al trabajador”. El apartado 4 de este nuevo precepto afirma, además, que “[l]a sentencia que estime la demanda de la Entidad Gestora será inmediatamente ejecutiva”, sin perjuicio del recurso que contra la misma proceda.

53 Enmendado por el art. 3º.1 de la citada Ley 12/2001. Como regla general, según este artículo 49.1.c), “[s]i el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días” (párrafo 4º).

54 En efecto, según el párrafo 3º del citado artículo 49.1.c), “[e]xpirada dicha duración máxima o finalizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”.

55 Cfr. el párrafo 2º, inciso 2º, del citado artículo 49.1.c). La indemnización en cuestión es sólo mínima, al poder ser sustituida por otra mayor “establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación” (*ibidem*) y, por tanto, en el correspondiente convenio colectivo sectorial o de empresa.

56 En sus artículos 377, apartados 2 y 3, a propósito de la extinción del contrato con término cierto (consistente en “tres o dos días de retribución base y antigüedad por cada mes completo de duración del vínculo, siempre que el contrato haya durado un período que, respectivamente, no exceda o sea superior a seis meses”), y 378, apartado 4, a propósito del contrato con término incierto. En línea, por tanto, con el artículo L.122-3-4 del Código del Trabajo francés, en el que se regula el régimen de la indemnización automática por cese del trabajador contratado a término; indemnización de como mínimo “el 10 por 100 de la remuneración total bruta debida al asalariado” (párrafo 2º), y “destinada a compensar la precariedad de su situación” (párrafo 1º).

de producción de efectos de la denuncia o, a falta de ésta, *transcurridos quince días* después de la conclusión de la actividad, servicio, obra o proyecto para el que haya sido contratado o el regreso del trabajador sustituido o la cesación del contrato de éste”⁵⁷.

⁵⁷ Apartado 1. En claro contraste, por tanto, también con lo dispuesto en el artículo L. 122-3-10 del Código del Trabajo francés, según el cual “[s]i la relación contractual de trabajo prosigue después del vencimiento del término del contrato, este último se convierte en un contrato de duración indeterminada” (párrafo 1º).