Nacimiento y duración del contrato de trabajo

PID_00258835

Vicente Antonio Martínez Abascal

Revisión a cargo de
Dra. Maria Esther Guerrero Vizuete

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 5 horas

Universitat Oberta de Catalunya

Vicente Antonio Martínez Abascal

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

Dra. Maria Esther Guerrero Vizuete

Cuarta edición: febrero 2019
© Vicente Antonio Martínez Abascal
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción 5

Objetivos 7

1. Mercado de trabajo y política de empleo 9
1.1. El derecho constitucional al trabajo y su doble dimensión 9
1.2. Dimensión individual del derecho al trabajo 9
1.2.1. Caracterización 9
1.2.2. Estructura 10
1.3. Dimensión colectiva del derecho al trabajo: la política de empleo 12
1.3.1. Concepto 12
1.3.2. Sujetos 12
1.3.3. Finalidades 13
1.3.4. Contenido: medidas y técnicas normativas 14
1.3.5. Efectos 19

2. Capacidad para contratar 20
2.1. El consentimiento y la capacidad laboral para contratar 20
2.2. La capacidad contractual del trabajador 21
2.2.1. La edad 21
2.2.2. La nacionalidad 23
2.2.3. Las causas de incapacitación 24
2.2.4. La condena penal 25
2.3. La capacidad contractual del empresario 25

3. Duración del contrato de trabajo 27
3.1. Duración del contrato de trabajo e intereses de las partes 27
3.2. El contrato de trabajo de duración indefinida 29
3.2.1. Concepto 29
3.2.2. Tipología 30
3.3. El contrato de trabajo de duración determinada 31
3.3.1. Concepto 31
3.3.2. Tipología 31
3.3.3. La contratación temporal en las administraciones públicas 35
3.3.4. Disposiciones comunes a la contratación temporal 36
3.3.5. Extinción indemnizada 37
3.4. Los contratos de trabajo a tiempo parcial 37

4. El periodo de prueba 43

4.1. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica 43
4.2. Régimen jurídico 45
4.2.1. Forma 45
4.2.2. Duración 45
4.2.3. Efectos 46

5. La ineficacia del contrato de trabajo..... 50
5.1. Nulidad total 50
5.2. Nulidad parcial 50

Resumen..... 52

Actividades..... 53

Ejercicios de autoevaluación..... 53

Solucionario..... 55

Glosario..... 56

Bibliografía..... 57

Introducción

Tras haber estudiado la caracterización general del contrato de trabajo y sus sujetos y las relaciones individuales de trabajo de régimen común y de régimen especial generadas normalmente en el marco de dicho contrato, en este módulo ya disponéis de las condiciones para analizar el nacimiento y la duración de esta relación contractual. Éstos son los dos aspectos nucleares del contrato de trabajo –teniendo en cuenta la repercusión que tienen en el debilitado principio de estabilidad en el empleo–, ya sea porque regulan la formalización de ese negocio jurídico, o bien porque acotan el tiempo a lo largo del cual se puede desplegar la relación de cambio entre trabajo y salario.

Ved también

Podéis repasar los módulos "Antecedentes históricos del Derecho del trabajo. El contrato de trabajo; objeto, causa y sujetos contratantes" y "Las fuentes del Derecho del trabajo" de esta misma asignatura.

Para llevar a cabo este análisis, el presente módulo didáctico se estructura en tres apartados:

1) El primero se centra en el **mercado de trabajo** y la **política de empleo**, y traza el cuadro legal básico del diseño y funcionamiento de la política de empleo desde de la óptica de la normativa laboral. Aunque la materia objeto de estudio sea la política de empleo, su regulación jurídica permite apreciar determinados deberes normativos, derechos y obligaciones que condicionan la actuación de los diferentes sujetos involucrados en la ordenación, la aplicación y la gestión de la política mencionada.

Desde el punto de vista metodológico, conviene retener que se trata de una materia estrechamente vinculada al nacimiento del contrato de trabajo, y su estudio debe preceder al análisis de ese nacimiento, ya que, para que se pueda llevar a cabo el contrato de trabajo, es imprescindible que haya una oferta de empleo suficiente, y esta oferta, al mismo tiempo, en parte se ve condicionada por la política de empleo desempeñada en cada momento.

2) Partiendo de la hipótesis según la cual el mercado de trabajo se encuentra en condiciones de proporcionar empleo a la población activa como consecuencia del desarrollo de una política de empleo adecuada, el segundo apartado se ocupa del nacimiento del contrato de trabajo y trata de la **capacidad laboral para contratar** tanto del empleador como del trabajador. Este último sujeto del contrato de trabajo es quien recibe una mayor atención, dada la regulación legal específica desplegada con respecto a algunas circunstancias que condicionan esa capacidad para el sujeto mencionado.

3) Después de conocer los requisitos esenciales necesarios para realizar un contrato de trabajo de forma válida –en particular, la capacidad para contratar–, el contenido del tercero y último apartado discurre sobre la **duración del contrato de trabajo**. La duración, aunque no se configura como un requisito esen-

cial de este negocio jurídico, sino como un elemento natural de cualquier contrato, en el contrato de trabajo adquiere una importancia destacada desde el prisma del clásico favorecimiento de la continuidad de la relación.

Objetivos

El contenido de este módulo didáctico responde a la pretensión de que alcancéis determinadas capacidades, identificadas con la consecución de los objetivos siguientes:

1. Caracterizar el derecho constitucional al trabajo y reconocer su estructura (sujetos, objeto y contenido), con el fin de delimitar el marco jurídico-laboral sobre el que se articula la política de empleo.

2. Distinguir, en el contenido del derecho al trabajo, el doble plano –individual y colectivo– en el que se manifiesta, con el objeto de comprender el diferente tratamiento jurídico que presentan y el papel decisivo que posee la dimensión colectiva del Derecho del trabajo (es decir, la política de empleo) como requisito o presupuesto para que se puedan ejercer los derechos que integran el plan individual del derecho al trabajo.

3. Analizar los principales aspectos de la regulación jurídico-laboral de la política de empleo, es decir: el concepto, las finalidades, los sujetos, el contenido y los efectos de dicha política mencionada, prestando una especial atención a las principales medidas y técnicas normativas que vertebran el mencionado contenido.

4. Identificar los factores que inciden en la capacidad laboral para contratar de los sujetos del contrato de trabajo, especialmente los que hacen referencia al trabajador. En este sujeto pueden concurrir determinadas circunstancias que, o bien exigen una regulación laboral específica (edad y nacionalidad) alejada parcialmente del ordenamiento común, o bien significan la aplicación en esta materia de las reglas establecidas en dicho ordenamiento (edad, causas de incapacitación y condena penal).

5. Captar el significado de los intereses contrapuestos que mueven a los sujetos del contrato de trabajo cuando se trata de determinar su duración.

6. Distinguir el concepto y la tipología de los contratos de trabajo de duración indefinida y de duración determinada o temporal teniendo en cuenta la diferente incidencia en el principio de estabilidad en el empleo.

7. Calibrar la diversa función que cumplen los contratos de trabajo de duración determinada, considerando las causas específicas que conducen a su regulación.

8. Evaluar la peculiar problemática de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la Administración Pública en relación con la aplicación íntegra en esta esfera de los efectos relacionados con los despidos improcedentes y nulos.

1. Mercado de trabajo y política de empleo

1.1. El derecho constitucional al trabajo y su doble dimensión

En una acepción propia y restringida, la regulación jurídica del mercado de trabajo suele identificarse con la disciplina jurídica del empleo, que es el ámbito de la realidad normativa que estudiamos aquí.

Lectura recomendada

Con el fin de ampliar la información que os damos en este apartado, os recomendamos la lectura siguiente:**R. Sastre Ibarreche** (1996). *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta.

El examen de la disciplina jurídica del empleo debe partir de la consideración del derecho al trabajo, teniendo en cuenta la doble dimensión o plano del citado derecho desde el punto de vista constitucional. En efecto, según el Tribunal Constitucional (STC 22/1981, de 2 de julio), el contenido del derecho al trabajo se desarrolla:

1) en un **plano individual**, que concierne al contrato de trabajo (artículo 35.1 de la CE);

2) en un **plano colectivo**, que comporta un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo (artículo 40.1 de la CE).

1.2. Dimensión individual del derecho al trabajo

1.2.1. Caracterización

Desde la dimensión individual, podemos caracterizar el derecho al trabajo como un derecho subjetivo, constitucional y prestacional.

Como **derecho subjetivo**, el derecho al trabajo es un poder jurídico, dotado de una estructura determinada, que habilita a su titular para el ejercicio de una serie de facultades agrupadas de forma unitaria. Por lo tanto, no se trata sólo de una mera libertad de trabajar.

La consideración del derecho al trabajo como un **derecho constitucional** significa, como mínimo, la vinculación inmediata y directa del derecho con los poderes públicos y los sujetos privados sobre los que existan obligaciones dirigidas a satisfacerlo, especialmente sobre el empresario. Asimismo, significa la aplicación de las garantías constitucionales atribuidas a las libertades y los derechos cívicos.

Para acabar, que el derecho al trabajo admita la calificación de **derecho prestacional** significa que forma parte de los derechos sociales, cuya finalidad principal es garantizar la igualdad y la libertad reales y efectivas, y cuyo aseguramiento exige una acción normativa y organizativa decidida por el Estado.

1.2.2. Estructura

Como todo derecho subjetivo, la estructura del derecho al trabajo está integrada por unos sujetos, un objeto y un contenido.

El artículo 35.1 de la CE[1] establece que "todos los españoles tienen [...] el derecho al trabajo [...]".

Por otra parte, el artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que "toda persona tiene derecho al trabajo".

(1)Encontraréis desarrolladas las siglas que aparecen a lo largo del módulo en el glosario.

Los **sujetos del derecho al trabajo** no son sólo los españoles, como podría inferirse de la literalidad del artículo 35.1 de la CE. También tienen que incluirse, en el ámbito de aplicación, los extranjeros comunitarios (nacionales de un estado miembro de la UE), que, en la actualidad, disfrutan de los derechos de libre entrada, salida, circulación y residencia en España, así como del libre acceso a cualquier actividad laboral, por cuenta propia o ajena, en las mismas condiciones que los españoles. Los extranjeros extracomunitarios, aunque no se sitúan en igualdad con respecto a los españoles y extranjeros comunitarios en lo referente al acceso al empleo, sí disfrutan del resto de los derechos que integran el derecho al trabajo una vez que se encuentran legalmente en el territorio español.

El derecho al trabajo está modalizado o excluido en algunos supuestos. En el primer caso, se encuentran los trabajadores condenados en instituciones penitenciarias (artículo 25.2 de la CE), que desarrollan la actividad en el marco de una relación laboral de carácter especial, teniendo en cuenta la finalidad de su prestación de servicios y el lugar donde se ejecuta.

Por lo que respecta a la persona condenada a pena de prisión que la esté cumpliendo, el artículo 25.2 de la CE dispone lo siguiente:

> "[...] En cualquier caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado, a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, y al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad".

Los trabajadores autónomos se encuentran excluidos del ámbito del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE, dado que el contenido del derecho se dirige a los trabajadores asalariados y al empresario como sujeto obligado a respetarlo. También se encuentran excluidos de ese derecho, por vía general, los funcionarios y el personal sujeto a una relación administrativa de servicios, ya que "el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función

Pública está regulado en el artículo 103.3 de la Norma Fundamental y no en el 35 (STC 99/1987, de 11 de junio)". Más en particular, el derecho al trabajo de los jueces y magistrados cuenta con una regulación específica en los artículos 11.1 y 122.2 de la CE (STC 108/1986, de 26 de julio).

En cuanto al **objeto**, es decir, a la conducta o el comportamiento idóneo para satisfacer los intereses del titular del derecho, debemos remitir el tratamiento al estudio posterior de la contratación laboral y del despido.

Sobre el **contenido del derecho al trabajo** podemos trazar su delimitación por dos vías:

1) Por la **vía negativa**, hay acuerdo doctrinal en el sentido de que el derecho mencionado no incluye la facultad esencial de exigir al empleador un puesto de trabajo adecuado. El desempleo friccional (originado por la movilidad de la fuerza de trabajo) y, sobre todo, el hecho de que la oferta de trabajo dependa mayoritariamente de sujetos privados (empleadores) explican su exclusión. La única excepción que podemos encontrar sobre este punto hace referencia a los condenados en instituciones penitenciarias.

Los condenados en instituciones penitenciarias

Los condenados en instituciones penitenciarias, constitucionalmente, ante la Administración Penitenciaria tienen el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social correspondientes. No obstante, el Tribunal Constitucional ha desdibujado en gran medida el alcance de este derecho para los citados trabajadores singulares, al señalar que se trata de un derecho de aplicación progresiva cuya efectividad queda supeditada, por lo tanto, "a los medios de que disponga la Administración en cada momento (STC 172/1989, de 19 de octubre, 17/1993, de 18 de enero, y 190/1996, de 9 de febrero)".

Al margen del contenido del derecho al trabajo queda, asimismo, la libertad de trabajar, ya que su contenido es **plural** porque comprende la formalización y la resolución voluntaria del contrato de trabajo, así como la libre elección de la ocupación que mejor se adecue a la profesión u oficio del **trabajador**.

2) Por la **vía positiva**, el derecho al trabajo es un derecho de contenido complejo que, al mismo tiempo, incluye determinados derechos, conforme a la jurisprudencia y la doctrina científica.

Pronto, el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

"[El derecho al trabajo, en el plano individual,] se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe justa causa".

STC 22/1981.

Todo el mundo tiene derecho a un puesto de trabajo.

Posteriormente, la jurisprudencia y la doctrina científica han considerado que los siguientes derechos y facultades también forman parte del contenido del derecho al trabajo:

a) el derecho a la ocupación efectiva como expresión normativa indisociable del derecho al trabajo (STS de 7 de mayo de 1990 [RJ 3973] y STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de en noviembre de 1996 [AS 3383]);

b) el derecho a no ver unilateralmente interrumpida por el empresario su relación contractual de trabajo sin justificación (STSJ7 Cataluña de 10 de marzo de 1993, AS 1516).

c) la facultad que tiene el trabajador de reaccionar ante la decisión unilateral del empresario de prescindir de sus servicios, ya que puede impugnarla ante la jurisdicción social (STC 20/1994, de 27 de enero);

d) el derecho a la readmisión del trabajador injustamente despedido como tutela real de la estabilidad en el empleo.

1.3. Dimensión colectiva del derecho al trabajo: la política de empleo

1.3.1. Concepto

La **política de empleo**, situada en el plano colectivo del derecho al trabajo y configurada como presupuesto para ejercer los derechos que conforman la dimensión individual, puede definirse como el conjunto de actuaciones emprendidas por sujetos determinados que inciden sobre el mercado de trabajo desde la perspectiva jurídico-laboral con el fin de alcanzar la ocupación productiva plena de la población activa.

1.3.2. Sujetos

Los sujetos que están obligados a organizar y desarrollar una política orientada al pleno empleo son los **poderes públicos**. Sobre éstos pesa de manera especial el deber normativo constitucional de diseñar y ejecutar dicha política en un marco de favorecimiento del progreso social y económico (artículo 40.1 de la CE).

El contenido de este deber determina que los poderes públicos que se encuentran afectados son sólo el legislativo y el ejecutivo. No obstante, debemos señalar que se trata de un deber constitucional incoercible jurídicamente, a no ser que en su desarrollo legal se establezcan obligaciones específicas a propósito.

El artículo 40.1 de la CE afirma lo siguiente:

"1. Los poderes públicos [...]. De manera especial realizarán una política orientada a la ocupación plena".

Al poder legislativo le corresponde la elaboración de la política de empleo. La organización institucional de la misma se estructura en torno al Sistema Nacional de Empleo. Este sistema está integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas (SPECA).

Junto con los poderes públicos, los agentes sociales y el empresario son sujetos que, aunque no están sometidos a ningún deber normativo en esta materia, coadyuvan de manera destacada en el desarrollo y la ejecución de la política de ocupación.

Cláusulas de ocupación comunes

Algunas de las cláusulas de ocupación utilizadas por los agentes sociales son la reducción de horas extraordinarias o las jubilaciones anticipadas que se condicionan a nuevas contrataciones.

Los agentes sociales, es decir, los representantes de trabajadores y empresarios, lo hacen mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, incorporando cláusulas de empleo en los instrumentos negociales. El empresario coadyuva por medio de la ejecución de la política de empleo, cumpliendo las obligaciones legales o convencionales que le afecten en esta materia (por ejemplo, cumpliendo con la cuota legal de reserva a favor de los trabajadores con discapacidades o aplicando las cláusulas de fomento de empleo acordadas en la negociación colectiva).

1.3.3. Finalidades

En el ámbito de la legislación ordinaria, la política de empleo persigue una finalidad genérica y unas finalidades específicas:

1) Desde un **punto de vista genérico**, la finalidad esencial de la política de empleo consiste en la consecución de un equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo, tanto en los aspectos cuantitativos como en los cualitativos, así como en la protección de las situaciones de desempleo. En consecuencia, esta política no sólo persigue un equilibrio numérico por medio de la reducción o, de forma óptima, la supresión del desempleo estacional, tecnológico y cíclico –no así el desempleo friccional–, sino también un ingrediente de productividad, procurando que la ocupación sea la adecuada a las necesidades productivas y a las cualificaciones profesionales.

2) Para alcanzar esta finalidad genérica, la política de ocupación tiene encomendadas por parte de la ley unas **finalidades específicas**:

a) Fomentar el empleo y apoyar la creación de puestos de trabajo, en especial dirigidos a personas con mayor dificultad de inserción laboral.

b) Ofrecer un servicio público de empleo y gratuito a trabajadores y empresarios.

c) Facilitar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo o mejorar sus posibilidades de ocupación y a los empleadores contratar a los trabajadores adecuados a sus necesidades.

d) Asegurar que los servicios públicos de empleo aplican las políticas activas conforme al principio de igualdad y no discriminación.

e) Garantizar la aplicación de las políticas activas de empleo y de la acción protectora por desempleo.

f) Asegurar la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio español y su integración en el mercado único europeo, así como la libre circulación de los trabajadores.

g) Impulsar la cooperación del servicio público de empleo y de las empresas en aquellas acciones de políticas activas y cualificación profesional que éstas desarrollen y que puedan resultar efectivas para la integración laboral, la formación o recualificación de los desempleados.

1.3.4. Contenido: medidas y técnicas normativas

Al margen de la regulación de medidas de protección por desempleo, que actúan en realidad como amortiguador de los resultados insuficientes que consigue la política activa de empleo y cuyo estudio pertenece al ámbito del Derecho de la Seguridad Social, para el cumplimiento de las finalidades propias de la política de empleo se suele adoptar un conjunto de medidas que se articulan por medio de diferentes técnicas normativas. A continuación exponemos las que son objeto de atención de los poderes públicos y los agentes sociales con mayor frecuencia.

Lectura recomendada

Para complementar este subapartado, os recomendamos que leáis: **A. Martín Valverde** (1980). "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española". En: Varios autores. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1) La intermediación en el mercado de trabajo

La **política de colocación**, que comprende las acciones dirigidas a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y a facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria, es un capítulo muy importante de la política de empleo.

En el marco de la política de empleo, el régimen jurídico de los servicios de colocación se organiza, a partir de la reforma laboral de 1993-1994, por medio de diferentes técnicas normativas:

a) por una parte, gracias al mantenimiento del servicio público de empleo tanto estatal (el actual SPEE, antiguamente el INEM) como de las comunidades autónomas (el actual SPECA), siendo un servicio público y gratuito;

b) por otra, gracias al reconocimiento de las agencias de colocación –que en la actualidad pueden tener finalidad lucrativa o no– y de las empresas de trabajo temporal.

Aunque la mencionada reforma laboral canceló el monopolio que hasta aquel momento tenía el **SPEE** en materia de colocación (lo cual dio paso a los sujetos que acabamos de citar), el servicio público de empleo sigue cumpliendo funciones de intermediación en el mercado de trabajo –con resultados muy escasos– de prospección regular en este mercado, de formación profesional y de gestión de las prestaciones por desempleo. Además, subsisten ciertas obligaciones para los empresarios y trabajadores en materia de control de la contratación laboral. Conviene comentar, sin embargo, que a raíz de la culminación del proceso de transferencia de competencias, la práctica totalidad de estas funciones han sido asumidas por las comunidades autónomas de manera que disponen de sus propios servicios públicos de ocupación, a excepción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y de la gestión de las prestaciones por desempleo, competencia que se reserva el SPEE.

Obligaciones

Hay ciertas obligaciones en materia de control de la contratación laboral, como el registro en el SPEE de contratos de trabajo que se tengan que llevar a cabo por escrito y la comunicación del resto, o la comunicación de prórrogas en ciertas modalidades contractuales y de la finalización del contrato.

Las **agencias de colocación** con o sin fines lucrativos, que pueden ser públicas o privadas, llevan a cabo funciones propias de intermediación, sin que se puedan dedicar a la cesión de mano de obra. Para su correcto funcionamiento deben presentar una declaración responsable ante el SPCA, tanto si su ámbito de actuación va a limitarse al territorio de una comunidad autónoma como si las agencias de colocación disponen de centros de trabajo radicados en distintas comunidades autónomas, al haber sido declarada inconstitucional la atribución de esta competencia al SPEE cuando la actividad se fuera a desarrollar en más de una comunidad autónoma (STC 69/2018 de 21 de junio), pudiendo actuar como agencia de colocación desde el mismo día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que corresponda a la Administración competente. Entre las obligaciones a que están sometidas figuran garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo y la gratuidad del servicio a los trabajadores (art. 33.2 Real decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, Texto refundido de la Ley de empleo). Solo las agencias de colocación autorizadas como entidades colaboradoras del SPEE deben suscribir un convenio de colaboración con el mismo. Los convenios determinarán las actividades a desarrollar por las agencias de colocación que actúen como colaboradoras, debiendo contener, entre otros extremos, su duración (que podrá ser de uno o dos años), o la forma de financiación de las acciones objeto de convenio (art. 18 RD 1796/2010).

La legalización de las **empresas de trabajo temporal (ETT)** significó que se les atribuyera en exclusiva la cesión legal de trabajadores. Su actividad consiste en poner a disposición de una empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores contratados por la ETT. Asimismo, deben obtener la autorización administrativa del servicio público de empleo, que será única, con eficacia en todo el territorio nacional y no tendrá límite de duración. La Ley 35/2010 redujo la prohibición absoluta de concertar contratos de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria, contenida en la precedente regulación respecto a trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad o salud en el trabajo. En este sentido, facultó los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos contemplados en el art. 83 ET para establecer, antes del 31 de marzo del 2011, limitaciones por razón de seguridad y salud en el trabajo en un determinado número de actividades que con anterioridad no eran susceptibles de constituir el objeto del mencionado contrato (por ejemplo, minería de cielo abierto y de interior, plataformas marinas o riesgos eléctricos en alta tensión). A partir de la reforma laboral de 2012 (operada por la Ley 3/2012), las ETT pueden actuar también como agencias de colocación, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la Ley de empleo (RDL 3/2015) y en su normativa de desarrollo. En su relación, tanto con los trabajadores como con las empresas clientes, deben informar expresamente si su actuación se realiza en calidad de ETT o de agencia de colocación.

Lectura complementaria

Podéis encontrar más información sobre las ETT en el libro siguiente: **M. Rodríguez-Piñero Royo** (1994). *Las Empresas de Trabajo Temporal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ved también

Ved el módulo "Definición y sujetos del contrato de trabajo".

2) El fomento del empleo

El fomento del empleo se consigue básicamente por medio de dos técnicas normativas:

a) De acuerdo con una primera técnica, los empleadores reciben **incentivos económicos para la creación de empleo**, ya sea de carácter indefinido o bien de tiempo determinado. Esta técnica suele tener la forma de reducción de los costes de la mano de obra. Si se trata de los costes directos, se articula por medio de la concesión de subvenciones, y cuando incide en los costes indirectos, se conceden bonificaciones o exenciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, o beneficios fiscales en la creación o el mantenimiento de puestos de trabajo.

Junto con la incentivación del contrato indefinido en favor de ciertos colectivos (víctimas de violencia de género, terrorismo, violencia doméstica, discapacitados y trabajadores en riesgo de exclusión social), cabe señalar el contrato de apoyo a emprendedores (CAE). Establecido en el artículo 4 de la Ley 3/2012, se trata de un contrato indefinido dirigido a favorecer esta clase de contrato, ya sea a jornada completa o parcial, de trabajadores desempleados inscritos en la Oficina de Empleo. Podrán utilizar esta modalidad de contratación los trabajadores autónomos (emprendedores) y las empresas que cuenten con una plantilla inferior a cincuenta trabajadores en el momento de la contratación (pymes). La cuantía del incentivo fiscal dependerá de si el trabajador contratado es un menor de 30 años o un perceptor de prestaciones de desempleo,

previéndose asimismo una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de distinto importe según la edad del trabajador contratado (menores de 30 o mayores de 45 años). La vigencia de este contrato estaba condicionada a que la tasa de desempleo no se situase por debajo del 15%. Esta modalidad contractual ha sido derogada por el Real decreto ley 28/2018, de 28 de diciembre, y únicamente permanece en vigor en el caso de los contratos celebrados con anterioridad al 1 de enero de 2019.

La contratación temporal también es incentivada con la finalidad de luchar contra la baja empleabilidad de los jóvenes. A tal fin se instrumentan distintos tipos de contratos destinados a favorecer su formación y/o experiencia laboral tales como el contrato en prácticas, el contrato para la formación. La celebración de estos contratos se incentiva con una reducción de la cotización empresarial a la Seguridad Social durante su duración y de distinta cuantía.

Los jóvenes entre dieciocho y veintinueve años de edad, los desempleados de larga duración, los mayores de cuarenta y cinco años y los minusválidos desocupados son los que tienen mayores dificultades de colocación.

b) La segunda de las técnicas normativas apuntadas se canaliza por medio del **estímulo al trabajo cooperativo, societario y autónomo**.

Respecto de este último, la necesidad de fortalecer el tejido empresarial español, fuertemente deteriorado como consecuencia de la crisis económica, ha desembocado en una amplia promoción del emprendimiento. Con este fin, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, estableció un catálogo de incentivos dirigidos a estimular el desarrollo de la actividad autónoma como vía de crecimiento económico y de creación de empleo. Estos incentivos fueron posteriormente objeto de ampliación por parte de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, de medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y la economía social, así como por la más reciente Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reforma urgente del trabajo autónomo.

3) La formación profesional

Como medida de fomento del empleo, la formación profesional utiliza varias técnicas normativas que afectan a la formación profesional para el empleo, integrada por el conjunto de acciones de inserción y reinserción laboral, así como a la formación continua de los trabajadores. Este conjunto de técnicas incide sobre el aspecto cualitativo de la ocupación en relación con un amplio espectro de sujetos afectados:

a) La capacitación para la incorporación al trabajo de personas que se encuentran al margen del sistema educativo y que no tienen formación profesional.

b) La formación profesional complementaria de trabajadores cuya relación de trabajo se pretende fortalecer a efectos de promoción y perfeccionamiento profesional.

c) La capacitación orientada a trabajadores ocupados que es preciso que adquieran nuevas cualificaciones a causa de los cambios productivos y tecnológicos y así se intenta evitar la ruptura de la relación de trabajo.

d) La captación para la reintegración al trabajo de trabajadores desempleados con una cualificación profesional insuficiente.

El artículo 40.2 de la CE preceptúa lo siguiente:

> "2. Los poderes públicos fomentarán también una política que garantice la formación y readaptación profesionales; [...]".

Técnicas normativas

Las técnicas normativas se han canalizado tanto por medio de la norma estatal (Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de formación profesional para el empleo y Real decreto 694/2017, de 3 de julio, que la desarrolla) como por medio de la autonomía colectiva (IV Acuerdo nacional para la formación profesional para el empleo, de 1 de febrero de 2006, cuya vigencia se encuentra prorrogada).

Actualmente, la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, se encarga de regular las cualificaciones y la formación profesional.

4) El reparto del trabajo

El reparto del trabajo pretende que la oferta de trabajo disponible se distribuya de manera equilibrada entre la población activa. Se utilizan hasta tres técnicas normativas para llevarla a cabo:

a) Una técnica disuasiva o prohibitiva que pretende evitar el acaparamiento del trabajo (el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas o la reducción de las horas extraordinarias y la sustitución por nuevas contrataciones de trabajadores desempleados).

b) Una técnica limitativa del tiempo de trabajo (la reducción legal o convencional de la jornada de trabajo ordinaria o la regulación incentivadora de las diferentes modalidades de contratos de trabajo a tiempo parcial).

c) Una técnica dirigida a rediseñar el perfil de la vida laboral (la elevación de la edad mínima de admisión al trabajo o el adelanto de la edad de jubilación incentivando el retiro voluntario del trabajador y la sustitución por nuevas contrataciones de trabajadores desempleados).

5) La regulación de los desplazamientos internacionales de la población activa

La regulación de los desplazamientos internacionales de la población activa presenta dos vertientes:

a) La primera hace referencia al **acceso al empleo de los trabajadores extranjeros**. En este ámbito, el tradicional principio de protección del mercado de trabajo nacional se mantiene actualmente, aunque con un alcance subjetivo menor. De esta manera, la técnica específica de restringir el acceso a la ocupación a los extranjeros (autorizaciones de trabajo y residencia, contingentes anuales máximos de contratación) se continúa aplicando, en términos generales, para los trabajadores extracomunitarios. No obstante, dicho principio cede en lo concerniente a los trabajadores comunitarios, quienes, por el principio de libre circulación de la fuerza de trabajo en el marco de la UE, se sitúan en igualdad jurídica con respecto a los nacionales.

b) La segunda vertiente apuntada se basa en la **normativa de la emigración**. Esta normativa ha actuado en nuestro ordenamiento como válvula de escape ante un incremento de la demanda interior de empleo y de la tasa de desempleo correspondiente, y con este propósito se ha aplicado una técnica de facilitación y canalización de los desplazamientos correspondientes. No obstante, una vez acabada la reconstrucción, después de la Segunda Guerra Mundial, de los países receptores de mano de obra extranjera y una vez desencadenada la migración que proviene de los países subdesarrollados, el recurso a esta técnica como medida amortiguadora del desempleo posee hoy día un carácter residual en nuestro ordenamiento.

El artículo 42 de la CE dispone lo siguiente:

> "El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política a repatriarlos y reintegrarlos en la sociedad".

1.3.5. Efectos

Las medidas y las técnicas normativas arbitradas en el marco de la política de empleo, consideradas de forma global y aunque el grado de eficacia no es homogéneo, no han tenido los efectos positivos sobre el empleo que se deseaban si tenemos en cuenta ciertos datos principales.

Esos datos hacen referencia a los aspectos siguientes:

1) la **elevada tasa de desempleo**, que duplica la media de la Unión Europea;

2) el **alto índice de eventualidad**, es decir, el número de contratos temporales en relación con el conjunto de la contratación laboral;

3) el **prominente desempleo de los jóvenes**, en especial en la franja situada entre los dieciséis y los veinticuatro años;

4) el **destacado índice del desempleo femenino**, que casi duplica, en media de sectores, el masculino.

Algunos datos

En 2013 España era el país de la UE con una tasa de temporalidad más alta (23,4%) después de Polonia (26,8%), cifra muy superior a la media de la UE (13,8%). Por otra parte, en 2014 la tasa de paro se situó en el 23,7%. En fechas más cercanas, los datos arrojan conclusiones mixtas, de forma que la tasa de temporalidad se incrementa y la tasa de paro decrece.

Así, en 2017, España era el país de la Unión Europea con la tasa de temporalidad más alta (27,5%) por encima de Polonia (26%) y muy por encima de la media de la Unión Europea (14,4%). Por otra parte, en el primer trimestre de 2018, la tasa de paro se situó en el 16,74%, duplicando la tasa media de la Unión Europea, situada en en el 8,4%.

2. Capacidad para contratar

2.1. El consentimiento y la capacidad laboral para contratar

De la misma manera que cualquier otra relación contractual, la validez del contrato de trabajo exige que concurran determinados elementos esenciales: el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establece.

El **objeto** (la prestación laboral y el salario) y la **causa** (la cesión de los frutos del trabajo al empresario a cambio del salario) del contrato de trabajo se rigen básicamente por las reglas que se establecen en el ordenamiento común (el Código civil).

El **consentimiento**, plasmado en las declaraciones de voluntad de los sujetos del contrato de trabajo, contiene, en realidad, tres aspectos diferenciables:

1) la capacidad para consentir,
2) los modos de prestar el consentimiento,
3) los vicios que puede presentar el consentimiento.

Los dos últimos aspectos no tienen una regulación específica en el ordenamiento laboral. Por consiguiente, tanto los modos de prestar el consentimiento para el concurso de la oferta y de la aceptación sobre el objeto y la causa que constituye el contrato, como los vicios que pueden invalidar la prestación (error, violencia, intimidación o dolo) se rigen por lo que dispone a tal efecto el ordenamiento común.

Los vicios en los que puede incurrir el contrato, como por ejemplo la intimidación, se rigen por el ordenamiento común.

No obstante, la capacidad para consentir o capacidad laboral para contratar ofrece, por lo que respecta al trabajador, un régimen jurídico que se separa en cierto modo del ordenamiento común. Antes de abordar el estudio de este tema, conviene hacer dos precisiones:

1) Por una parte, debemos recordar que, en el ordenamiento laboral la capacidad contractual de los sujetos del contrato de trabajo también presupone la capacidad de obrar, es decir, la idoneidad genérica para ser titular de derechos y obligaciones por medio del reconocimiento de la personalidad.

2) Por otra parte, hay que señalar la diferencia existente entre capacidad laboral para contratar y aptitud para trabajar:

- La capacidad laboral para contratar implica la idoneidad específica de los sujetos mencionados para llevar a cabo el contrato con plena validez y eficacia jurídicas.

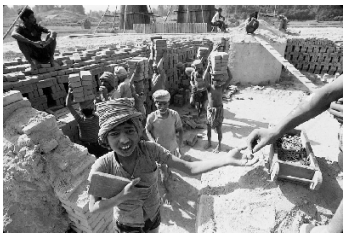
- La aptitud para trabajar alude, de forma distinta, a la exigencia normativa de obtener un título profesional o académico que acredite la capacitación técnica suficiente para poder ejercer determinadas actividades laborales.

2.2. La capacidad contractual del trabajador

Hay cuatro circunstancias que inciden en la capacidad contractual del trabajador: la edad, la nacionalidad, las causas de incapacitación y la condena penal.

2.2.1. La edad

El ordenamiento laboral exige al trabajador un nivel determinado de madurez física y psíquica que le permita conocer y cumplir adecuadamente el alcance y el contenido (derechos y obligaciones) del contrato que se propone formalizar y ejecutar. La finalidad de salvaguardar el grado de educación básica que debe recibir toda persona está íntimamente relacionada con la adquisición de este nivel. De manera adicional, el aplazamiento de la edad de acceso a la ocupación persigue, asimismo, una finalidad de reparto del trabajo entre la población.



Un niño en el momento de recibir el salario. En España, el ordenamiento laboral prohíbe el trabajo infantil y establece en dieciséis años la edad mínima para trabajar.

Tres aspectos prioritarios del trabajo infantil

"[...] hay tres aspectos del trabajo infantil que merecen prioridad en la formulación de políticas y en la acción legislativa. En primer lugar, ya sea en números absolutos o relativos, es considerable la cantidad de niños que desde muy temprana edad se incorporan al empleo. En segundo lugar, muchos de ellos [...] están prácticamente aprisionados en una red de relaciones de empleo caracterizadas por la explotación y los abusos. Finalmente, es notorio que muchos otros trabajan durante jornadas excesivamente largas, rara vez se benefician de alimentación, atención sanitaria y educación satisfactorias, y con mucha frecuencia perciben remuneraciones sumamente reducidas."

A. Bequele; J. Boyden (1990, pág. 29).

La exigencia que establece que la persona alcance el nivel de madurez se concreta en el cumplimiento de una edad laboral mínima para contratar laboralmente. A partir de este dato central, la regulación de la capacidad contractual del trabajador se articula en tres grados: incapacidad laboral, capacidad laboral limitada y capacidad laboral plena.

1) Incapacidad laboral

Artículo 6.1 del ET

"1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años."

El grado de incapacidad laboral incluye a los menores de dieciséis años, dada la prohibición legal de que puedan ser admitidos al trabajo.

Se trata de una regla de derecho necesario absoluto, intangible, por tanto, para la autonomía individual y colectiva, y de aplicación preferente con respecto a las normas internacionales que permitan la fijación de una edad inferior a los efectos indicados.

El Estatuto de los Trabajadores sólo admite, por vía de excepción, el trabajo de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, con la previa autorización por escrito y para actos determinados, y siempre que su intervención no represente un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.

La formalización del contrato de trabajo por parte de un menor de edad laboral comporta su nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de que se tenga que abonar al menor la remuneración consiguiente a un contrato válido por la prestación de sus servicios.

2) Capacidad laboral limitada

En el grado de capacidad laboral limitada se incluyen los menores de dieciocho años y los mayores de dieciséis años no emancipados y que tampoco hayan obtenido el beneficio judicial de la mayoría de edad.

Esta limitación de la capacidad contractual del trabajador se traduce en la exigencia de la autorización previa, tácita o expresa, de sus representantes legales (padres, tutores, o persona o institución que los tenga a su cargo) para la formalización válida del contrato de trabajo. Puesto que se trata de una autorización y no de una representación, quien consiente y lleva a cabo el contrato es el menor, ya que el carácter personal de la prestación laboral es incompatible con la figura de la representación. Un supuesto específico de capacidad laboral limitada es el de las personas discapacitadas que deseen prestar sus servicios en centros especiales de empleo. Cuando estas personas tengan su capacidad de obrar limitada, necesitarán obtener la mencionada autorización (art. 3 del Real decreto 1368/1985, de 17 de julio).

Una vez concedida la autorización, ésta no puede ser condicionada o limitada, puesto que la persona autorizada para contratar sus servicios como trabajador queda también autorizada para ejercer los derechos y cumplir los deberes que se deriven de su contrato.

El contrato de trabajo realizado por un menor sin autorización es anulable, pero no nulo, de manera que puede ser confirmado, expresa o tácitamente, por la persona que deba completar la capacidad o por el mismo trabajador cuando llegue a la mayoría de edad.

3) Capacidad laboral plena

Disfrutan del grado de capacidad laboral plena aquellos que tengan capacidad plena de obrar conforme a lo que dispone el Código civil.

Esta capacidad puede obtenerse por tres vías diferentes:

a) Cuando se alcanza la mayoría de edad (dieciocho años).

b) Cuando se ha obtenido la emancipación en el caso de los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis (por matrimonio, excepto cuando se lleva a cabo con dispensa judicial a los catorce años, ya que en tal caso no se alcanza la edad laboral mínima; por concesión de quien ejerce la patria potestad y por concesión judicial).

c) Cuando se ha obtenido el beneficio de la mayoría de edad por concesión judicial en el supuesto de menores sometidos a tutela.

2.2.2. La nacionalidad

La capacidad laboral para contratar se encuentra sujeta, en el caso de los trabajadores extranjeros, a lo que dispone la legislación específica sobre la materia.

Esta legislación obliga a distinguir, a tal efecto, entre trabajadores comunitarios y trabajadores no comunitarios.

A los **trabajadores comunitarios** no se les exige ningún requisito que condicione la validez de los contratos de trabajo que desarrollan, de manera que se someten al régimen jurídico previsto al respecto para los trabajadores españoles.

Para formalizar un contrato de trabajo válido en España los extranjeros no comunitarios tienen que obtener las autorizaciones de trabajo y de residencia.

La formalización del contrato de trabajo y la prestación del consentimiento válida por parte de los **trabajadores no comunitarios** requiere la obtención conjunta de las **autorizaciones** de residencia y de trabajo correspondientes, de clases y duración diferentes según la actividad laboral que se tenga que llevar a cabo y el ámbito geográfico donde pueda prestarla. En la legislación de extranjería anterior, el contrato de trabajo concertado con un extranjero no

comunitario sin el correspondiente permiso de trabajo comportaba su nulidad de pleno derecho sin perjuicio de que el trabajador pudiera reclamar la remuneración por los servicios llevados a cabo.

Sin embargo, en la actual regulación del artículo 36.5 de la LO 4/2000 se establece que la falta de autorización de residencia y trabajo "no invalidará el contrato de trabajo con respecto a los derechos del trabajador extranjero". Con esta nueva redacción se pretende, pues, salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores extranjeros con independencia de las responsabilidades del empresario derivadas de la irregularidad en la contratación, de modo que el contrato de trabajo del extranjero extracomunitario no autorizado a trabajar no es un contrato nulo (SSTS de 9 de junio del 2003 y 29 de septiembre del 2003), si bien se debe tener en cuenta que las prestaciones sociales que se les pueden reconocer han de ser "las derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación", no pudiendo obtener en ningún caso prestaciones por desempleo (art. 36.5 LO 4/2000).

> "1. Los extranjeros disfrutarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley."
>
> Artículo 13.1 de la CE.

2.2.3. Las causas de incapacitación

Las causas de incapacitación hacen referencia a determinadas circunstancias relativas al estado físico o psíquico de la persona, al margen de la edad o de la nacionalidad. La regulación de estas causas se encuentra en el ordenamiento civil y se identifican con "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico" (artículo 200 del Código civil).

De acuerdo con la regulación mencionada, debemos tener en cuenta dos precisiones:

1) Por un lado, que se requiere que las causas mencionadas, para que puedan incidir sobre la capacidad contractual del trabajador, impidan a la persona gobernarse a sí misma.

2) Por otro, que la declaración de incapacidad y el hecho de **determinar su alcance** son competencia exclusiva del juez civil.

Aparte de lo expuesto, la nulidad de pleno derecho del contrato de trabajo es la consecuencia establecida en el ordenamiento si el incapacitado judicialmente para llevarlo a cabo lo formaliza, sin que este hecho sea un impedimento para reclamar la consiguiente remuneración en un contrato válido por los servicios prestados.

2.2.4. La condena penal

Los condenados con pena accesoria o principal de inhabilitación especial para profesión u oficio, en todo lo que guarde relación directa con el delito cometido, ven limitada su capacidad contractual como trabajadores durante el tiempo que dure la condena.

2.3. La capacidad contractual del empresario

El ordenamiento laboral no establece ninguna especialidad por lo que respecta a la capacidad contractual del empresario, de manera que es preciso remitirse a las reglas comunes de los **ordenamientos civil y mercantil**. En este marco normativo debemos distinguir la doble condición que puede tener el empresario en el contrato de trabajo, como persona física y como persona jurídica.

El **empresario persona física** mayor de dieciocho años, o menor emancipado o que haya obtenido el beneficio de la mayoría de edad, tiene plena capacidad para contratar laboralmente. El menor de dieciocho años no emancipado tiene limitada su capacidad contractual como empresario, ya que sólo puede llevar a cabo el contrato de trabajo por medio de su representante legal. Para acabar, las causas de incapacitación y la condena penal con pena accesoria o principal de inhabilitación especial para la industria o el comercio en todo aquello que guarde relación directa con el delito cometido por lo que respecta al empresario persona natural operan con el mismo alcance ya señalado para la capacidad contractual del trabajador.

La capacidad contractual del **empresario persona jurídica**, ya sea privada o pública, se determina en las normas correspondientes que regulan su organización y funcionamiento (contrato de sociedad, estatutos, normas legalesy reglamentarias). En cualquier caso, la persona jurídica empresario contrata por medio de personas físicas que tienen representación legal o voluntaria y que actúan en nombre y por cuenta del empresario.

La ley también atribuye la condición de empresario a las comunidades de bienes (como por ejemplo los copropietarios de un edificio o las agrupaciones temporales de empresas), que son sujetos de derecho desprovistos de personalidad, pero habilitados para contratar laboralmente. Las personas individuales

o jurídicas agrupadas bajo este modo de personificación del empresario responden solidariamente frente al trabajador del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo (STS de 8 de junio de 1998 [RJ 5256]).

3. Duración del contrato de trabajo

3.1. Duración del contrato de trabajo e intereses de las partes

La calificación común del término **duración** como elemento accidental de los contratos no impide que en el contrato de trabajo este elemento cumpla, entre otras, la función crucial de delimitar una doble categoría de modalidades contractuales cuya base se apoya en la duración indefinida o determinada de aquel negocio jurídico. La importancia de esta clasificación consiste en que determina una tutela de intensidad variada en relación con el principio de estabilidad en el empleo.

La diferente intensidad con que se protege dicho principio por medio de estas clases de contratación laboral contribuye a manifestar los intereses también diversos que presentan las partes del contrato con respecto a su duración.

En relación con el **trabajador**, su interés por el fortalecimiento de la estabilidad por la ocupación encuentra en la duración indefinida del contrato el instrumento inmejorable. Ciertamente, este tipo de contrato le da una mayor seguridad en el empleo, considerada la seguridad desde los puntos de vista siguientes:

1) estructural (se dota su relación de trabajo de una mayor garantía de continuidad);

1) constitutivo (se favorece el nacimiento de determinados derechos como, por ejemplo, la percepción de ciertos complementos salariales),

3) funcional (se facilita el ejercicio normal de sus derechos, ya que no existe el condicionante material de la temporalidad).

Los intereses del **empresario** en este ámbito coinciden sólo parcialmente con los del trabajador, en función de la perspectiva en que se sitúe:

- Si el empresario valora de manera preferente los aspectos cualitativos de la actividad productiva relacionados con la formación y la experiencia del trabajador, se inclinará por la duración indefinida del contrato de trabajo.

- En cambio, si en la visión empresarial prevalecen los aspectos cuantitativos que afectan al abaratamiento de los costes y del procedimiento de extinción del contrato, no dudará en la elección de alguna de las modalidades

Lectura recomendada

Os recomendamos que complementéis este apartado con la lectura del libro siguiente: **M.R. Alarcón Caracuel** (1988). *La ordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: Tecnos.

contractuales de duración determinada. Ésta es una opción que tiene una amplia resonancia entre el empresariado, habida cuenta la elevada tasa de temporalidad que soporta el mercado de trabajo.

Por otra parte, la posición del legislador sobre la duración del contrato de trabajo ha experimentado ciertas oscilaciones desde el punto de vista de la evolución histórica:

1) En una primera línea evolutiva, que se inicia con la regulación del arrendamiento de servicio del Código civil y que prosigue en las leyes de contrato de trabajo de 1931 y 1944, prevalece la autonomía de las partes por lo que respecta a determinar la duración del contrato.

2) Una línea de evolución posterior –guiada por la jurisprudencia, la normativa sectorial y la Ley de Relaciones Laborales de 1976– restringe la autonomía individual, exigiendo una causa justificada para legitimar la contratación de duración determinada –que se concibe, así, como una vía excepcional de acceso a la ocupación– y estableciendo la presunción favorable al contrato por tiempo indefinido.

3) En el mismo año 1976, una tercera orientación normativa, que culmina con la Ley 32/1984, amplía de nuevo el ámbito de la autonomía individual y abre el paso a la contratación temporal coyuntural sin causa específica que la justifique, es decir, fundamentada en la apelación genérica del fomento de la ocupación.

4) La reforma laboral de 1994 marca una cuarta línea de tendencia: acentúa la ampliación de la autonomía individual y adapta de manera más flexible ciertos aspectos de la normativa sobre contratación laboral a las necesidades de las empresas. Las manifestaciones normativas de esta línea han significado los aspectos siguientes:

a) Derogar **parcialmente** la contratación temporal coyuntural para fomento de la ocupación.

b) Reconocer las ETT.

c Suprimir la presunción a favor del contrato de trabajo de duración indefinida. El artículo 15.1 del ET dispone:

> "1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada".

5) La reforma laboral de 1997 pretendió fomentar el contrato de duración indefinida, sin conseguir, no obstante, que se redujese la elevada tasa de temporalidad. Esta misma finalidad es perseguida por la reforma laboral de 2010 por

medio de un conjunto de medidas que trataron de restringir el uso injustificado de la contratación temporal, así como de favorecer la contratación indefinida. La ulterior reforma operada por la Ley 3/2012 incluyó medidas dirigidas a favorecer la contratación indefinida en favor de los colectivos más afectados por la crisis económica: los jóvenes los desempleados y las pymes.

Sin embargo, este favorecimiento está lejos de haberse conseguido en el caso de los jóvenes desempleados, teniendo en cuenta la elevada tasa de temporalidad que aún pesa sobre este colectivo.

3.2. El contrato de trabajo de duración indefinida

3.2.1. Concepto

El contrato de trabajo de duración indefinida se caracteriza por la **inexistencia de un término final**, de manera que sus sujetos desconocen previamente el momento en que el contrato llegará a su fin, sin que ello signifique que el contrato tenga carácter vitalicio, ya que este hecho vulneraría la libertad de extinción del vínculo contractual; tan sólo significa la indeterminación del término final.

Como ya hemos señalado antes, en el año 1994 se suprime la presunción a favor del contrato de trabajo de duración indefinida, y se vuelve a la fórmula de indiferencia legal en cuanto a la duración de la relación contractual de trabajo recogida en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, de modo que se amplía el ámbito de la autonomía individual. Sólo permanecen en el plano sancionador las presunciones *iuris tantum* de indefinición para ciertos supuestos de incumplimiento formales en contratos de carácter temporal. Estas presunciones admiten la prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del contrato llevado a cabo. También se mantiene la presunción *iuris et de iure* de que los contratos temporales celebrados en fraude de ley son indefinidos. No obstante, la reforma laboral de 1997 representó cierto retorno a la preferencia por el contrato indefinido mediante incentivos económicos a este tipo de contrato.

Con todo, y como ya se ha señalado, la formal inclinación a favor de la contratación indefinida en algunos supuestos por parte de las reformas laborales de 2010 y 2012 no ha logrado la prevalencia de esa clase de contratación. Por el contrario, la de índole temporal es la que ha persistido de forma estructural con porcentajes muy elevados que duplican la media de la existente en la Unión Europea.

3.2.2. Tipología

Además del contrato indefinido "común", hay dos modalidades de contrato indefinido:

1) La primera surge con la reforma laboral de 1997 con la finalidad de incentivar el empleo. De acuerdo con esta finalidad, se crea el **contrato para el fomento de la contratación indefinida**. Por medio de determinadas reducciones de los costes indirectos de la mano de obra, pretende facilitar la colocación estable de ciertos colectivos de trabajadores desempleados, así como de los empleados con carácter temporal. En realidad no es una modalidad: se trata de un contrato indefinido ordinario con una posibilidad de extinción menos costosa cuantificada en treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades. Este contrato ha sido derogado por la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012), si bien su regulación sigue aplicándose a los contratos de este tipo que todavía estén en vigor.

Ved también

Podéis consultar la parte dedicada al fomento de la ocupación del subapartado 1.3.4 de este módulo didáctico.

2) La segunda modalidad que hay que destacar es el contrato de trabajo fijo discontinuo. A partir de la reforma laboral de 1994, este contrato se convierte en una modalidad de trabajo a tiempo parcial sin cómputo anual del tiempo de trabajo, aunque indefinido, en cualquier caso.

El principal rasgo definitorio de este contrato se deriva del hecho de que la prestación laboral se desarrolla con ciertas intermitencias suspensivas, sin que se exija su ejecución durante todos los días que tienen consideración de laborales. La normativa vigente presenta las dos submodalidades clásicas de este contrato.

a) El fijo discontinuo de carácter periódico (la prestación laboral se cumple con fechas ciertas, regulares o cíclicas [art. 12.3 ET]). Su inclusión dentro de la normativa reguladora del contrato a tiempo parcial implica que no podrán realizar horas extraordinarias pero sí horas complementarias previo pacto expreso entre empresario y trabajador.

b) El fijo discontinuo de carácter no periódico (la prestación laboral no se repite en ciertas fechas, dotadas de regularidad [art. 15.8 ET]).

En esta última submodalidad, la imposibilidad de conocer por anticipado el momento en que se inicia de nuevo la prestación laboral determina que, para garantizar la estabilidad en la ocupación y la duración indefinida del contrato, el legislador establezca la obligación empresarial de llamamiento cada vez que la actividad empresarial se reanuda, remitiendo a los convenios colectivos la concreción del orden y la forma del llamamiento, y facultando al trabajador para que, en caso de incumplimiento, pueda reclamar en procedimiento de despido.

En los convenios colectivos de ámbito sectorial se puede acordar la utilización de este contrato en la modalidad de contrato a tiempo parcial, siempre que las peculiaridades de la actividad del sector lo justifiquen.

3.3. El contrato de trabajo de duración determinada

3.3.1. Concepto

En el contrato de trabajo de duración determinada las partes conocen por adelantado su carácter temporal, aunque no siempre con total precisión. En este contrato, el señalamiento de la temporalidad se puede alcanzar de dos formas:

1) La primera consiste en determinar expresamente su duración, fijando o bien un plazo o un término de vigencia (contrato de trabajos eventuales), o bien la previsión de un plazo resolutorio o de un término (contratos por obra o servicio determinados y de interinidad).

2) La segunda consiste en incluir en el contrato de trabajo una condición resolutoria (por ejemplo, la fijación de un rendimiento determinado), de manera que aquí no hay certeza ni en la fecha de extinción ni tampoco sobre el cumplimiento de la condición.

3.3.2. Tipología

Considerando la causa específica de temporalidad sobre la que se fundamentan, podemos trazar una doble tipología de los contratos de trabajo temporales: con causa estructural y con causa mixta. Conviene tener en cuenta que la identificación de estas causas específicas de temporalidad presupone, en cualquier caso, que hay una causa genérica propia de todo contrato de trabajo y referida al propósito concordante de las partes (empleador y trabajador) de cambiar trabajo (y sus frutos) por salario.

1) Con causa estructural de temporalidad

Los contratos de trabajo temporales con causa estructural obedecen a determinadas causas específicas, dotadas de un carácter habitual o normal en el sistema de contratación laboral, y que justifican el recurso de la contratación temporal. La causalidad específica de estas modalidades supone que el hecho de utilizarlas tiene que responder a necesidades productivas de orden transitorio y que tengan una justificación objetiva, de manera que se respete, así, el criterio objetivo de la contratación laboral temporal aceptado por la ley y la jurisprudencia.

El cumplimiento de este criterio exige que las necesidades permanentes de prestación de servicios a la empresa se deben atender con contratos de trabajo de duración indefinida.

Existen tres modalidades contractuales que responden a esta caracterización, una vez que la reforma de 1997 suprimió el contrato por el lanzamiento de nueva actividad:

a) El **contrato por obra o servicio determinado** tiene por objeto la realización de una obra o un servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a 3 años ampliable en 12 meses más por convenio colectivo sectorial.

Transcurridos estos plazos los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa. A fin de garantizar una mayor seguridad en la delimitación del objeto del contrato, ciertos convenios colectivos (estatales de sector o de ámbito inferior, incluidos los de ámbito de empresa) están facultados para identificar los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con esta clase de contrato de trabajo temporal (art. 15.1.c) ET).

b) El **contrato para trabajos eventuales**, cuya causa se identifica con circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, aunque se trate de la actividad normal de la empresa. Lo que en rigor caracteriza a este contrato es el incremento del volumen de actividad que el empresario ha de afrontar con fuerza de trabajo adicional.

Su duración es de 6 meses dentro de un periodo de 12, pudiendo por convenio colectivo sectorial modificarse su duración máxima y el periodo dentro del cual se podrán realizar en atención al carácter estacional de la actividad. En tal supuesto, el periodo máximo será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las 3/4 partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses. El cómputo del plazo de referencia legal o convencional debe iniciarse a partir del momento en que surgen las circunstancias que justifican el contrato (art. 15.1.b) ET).

c) En el **contrato de interinidad** su objeto se identifica con la necesidad transitoria de cubrir puestos de trabajo que, por distintas causas, carecen de titular. Presenta una doble faceta:

- la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, debiendo identificarse en el contrato el nombre del sustituido y la causa de la sustitución (art. 15.1.c) ET). El puesto de trabajo a desempeñar puede ser el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa al que se encomiendan las funciones de este último.

- la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para proveerlo definitivamente. Esta interinidad por vacante no está expresamente prevista en el artículo 15.1.c) ET, sino en una norma reglamentaria, en el artículo 4.1 del Real decreto 2720/1998, de 28 de diciembre. La dudosa previsión reglamentaria que, sin autorización expresa de la ley, amplía lo establecido en el artículo 15.1, c) tan solo para la interinidad por sustitución, ha sido salvada con discutible doctrina en la sentencia de 19 de junio de 2002 del TS, invocando las genéricas facultades del Gobierno del Estado para desarrollar la Ley.

El contrato de interinidad se extinguirá por la reincorporación del trabajador sustituido, por vencimiento del plazo legal, reglamentario, convencional o contractual de reincorporación, por la extinción de la causa que dio derecho a la reserva del puesto de trabajo y, por último, por la finalización del proceso selectivo o de promoción.

A pesar del carácter temporal de estas modalidades contractuales, ante determinados incumplimientos formales es posible considerar que han sido celebrados con carácter indefinido:

- Cuando se da incumplimiento de la forma escrita.

- Cuando no hay alta en la Seguridad Social, siempre que haya transcurrido como mínimo un plazo igual al periodo legal de prueba.

- En el caso de falta de denuncia, cuando el trabajador continúa prestando los servicios una vez finalizada la duración del contrato.

La presunción es *iuris tantum*, por lo que puede decaer mediante la prueba de la naturaleza temporal del contrato.

Por otra parte, es aplicable a estas modalidades la regla general presuntiva –que aquí es *iuris et de iure*– de duración indefinida del contrato, en determinados supuestos:

- Cuando se haya concertado en fraude de ley.

Por lo que respecta a este punto, el artículo 15.3 del ET dispone lo siguiente:

> "3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley".

- Cuando exista encadenamiento prohibido de contratos temporales (ver *infra* 3.3.4, b).

Por otra parte, el art. 15.1 ET contiene una específica presunción *iuris et de iure* para el contrato de obra o servicio determinados al señalar que si los referidos plazos máximos de duración se sobrepasan y el trabajador continúa prestando sus servicios, éste adquirirá la condición de trabajador fijo de las empresa, es decir, con contrato de trabajo de duración indefinida.

2) Con causa mixta

Determinadas modalidades de contratos de trabajo presentan causas mixtas específicas, concurrentes con la causa genérica de todo contrato de trabajo y que también implican la temporalidad. Responden a esta catalogación los contratos formativos (contrato para la formación y contrato de prácticas), así como el contrato temporal de fomento del empleo.

a) En los **contratos formativos**, la causa específica se identifica con la adquisición adecuada, por parte de ciertos colectivos de jóvenes que suelen acceder a su primera ocupación, de conocimientos teóricos o prácticos, o de los dos al mismo tiempo, para desarrollar un determinado oficio o profesión. La especificidad de la causa supone que estos contratos de trabajo posean un régimen jurídico especial, en el que, sobre todo, se procura garantizar que el trabajador adquiera realmente aquellos conocimientos, a fin de que no se frustre la finalidad formativa atribuida a tales contratos. Lógicamente, la formación se debe alcanzar después de que haya transcurrido cierto tiempo, por lo que estos contratos son siempre temporales.

Trabajadores en un curso de formación.

La STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 1998 (AS 758), sobre el contrato para la formación, declara lo siguiente:

> "[...] es el empresario [...] quien ha de asumir la obligación de proporcionar al trabajador tanto las enseñanzas prácticas como las teóricas. Y esta obligación se integra en el área esencial de la naturaleza de este contrato [...]. Por consiguiente, si el empresario no cumple tal exigencia y no facilita a aquél las pertinentes enseñanzas, salvo supuestos excepcionales [...] el nexo contractual se desnaturaliza, perdiendo su condición de contrato para la formación [...]. De ahí, que [...] no pueda considerarse tal contrato como temporal, sino que ha de ser calificado como concertado por tiempo indefinido".

b) El contrato temporal de fomento del empleo, creado mediante el RD 1989/1984, de 17 de octubre, supuso una quiebra importante del principio de estabilidad en el empleo, ya que no obedecía a ninguna causa estructural, es decir, a ninguna necesidad temporal objetiva de la actividad empresarial, sino a la inespecífica de fomentar el empleo. Sin embargo, la derogación del contrato temporal de fomento del empleo mediante la Ley 10/1994, de 19 de mayo,

no fue completa. El contrato continuó vigente hasta la actualidad para ciertos grupos de trabajadores: discapacitados (Ley 43/2006, de 29 de diciembre) y personas en situación de exclusión social (Ley 44/2007, de 13 de diciembre).

En ambos casos, el contrato tiene una causa mixta, ya que a la genérica de fomento del empleo se añade la de facilitar la inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario de los citados colectivos. Por lo tanto, el contrato regula una importante área del empleo protegido. Su régimen jurídico cuenta con determinadas especialidades relativas, sobre todo, al control público del proceso de inserción sociolaboral que deben seguir los trabajadores y a los requisitos que han de reunir ciertos empleadores que los contraten (centros especiales de empleo y empresas de inserción).

3.3.3. La contratación temporal en las administraciones públicas

La condición de empleador que pueden detentar las Administraciones Públicas las faculta para llevar a cabo contratos de trabajo, tanto de tiempo indefinido como de duración determinada. La utilización amplia que las administraciones hacían de los contratos temporales, junto con los no infrecuentes incumplimientos del empleador público de requisitos de forma o de fondo en esta materia, generaron inicialmente una doctrina judicial contraria a la transformación de tales contratos en indefinidos, ya que se consideró que este hecho vulneraba los principios de mérito y capacidad que rigen el acceso a la función pública de acuerdo con el artículo 103.3 de la CE.

No obstante, con posteridad, la doctrina unificada del Tribunal Supremo ha establecido la aplicación en la Administración Pública del principio de legalidad (artículo 9.1 de la CE), que se traduce en la obligación del empleador público de asumir los efectos legales que se deriven de sus incumplimientos en materia de contratación laboral. En consecuencia, se afirma, a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, que la contratación laboral temporal en fraude de ley por el empleador público supone la conversión del contrato en indefinido, pero no en fijo de plantilla, ya que el acceso a la función pública exige el cumplimiento de los referidos principios constitucionales acreditados en el oportuno procedimiento de selección (STS 10 de diciembre de 1999). Esta artificial distinción, que permite al empleador público extinguir el contrato indefinido resultante de dicha conversión cuando la plaza se provea mediante el procedimiento legal (STS 19 de enero de 1999), fue recogida en la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 8.1.c y 11.1, cuyos contenidos se mantienen en la actual regulación operada por el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público). A raíz de la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo por una causa distinta a su cobertura tras la finalización del proceso legalmente establecido debe realizarse siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 51 y 52.c) ET, pues nos encontramos ante un contrato sometido a término de tal forma que su extinción antes de que llegue su vencimiento debe

ser indemnizada (FJ 3.4). En esta sentencia se sostiene el carácter temporal de los contratos indefinidos no fijos y de los contratos de interinidad por vacante, una doctrina que, no sin ciertos vaivenes, ha sido recientemente ratificada por la STS de 2 abril de 2018.

3.3.4. Disposiciones comunes a la contratación temporal

Con el fin de dotar de un mayor catálogo de garantías a los trabajadores que concierten contratos temporales, se prescriben ciertas reglas comunes. Veámoslas:

a) La posibilidad de establecer, mediante la negociación colectiva, requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal, así como criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos temporales en indefinidos. Estas reglas son meramente pedagógicas, ya que tales posibilidades ya existen por medio de los convenios colectivos al amparo de la habilitación negocial general que les permite el artículo 85.1 ET.

b) La adquisición de la condición de fijos de aquellos trabajadores que en el plazo de treinta meses hubieran sido contratados para ocupar un mismo puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas mediante dos o más contratos temporales, cuya duración conjunta supere los veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, ya sea directamente, ya sea a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal con las mismas o diferentes modalidades contractuales.

c) La equiparación del derecho de los trabajadores con contrato temporal al de los que lo tienen de duración indefinida, excepto en las particularidades derivadas de la extinción del contrato, de las expresamente previstas en la ley para los contratos formativos y para el contrato de inserción y de la regla de proporcionalidad de acuerdo con el tiempo trabajado cuando la naturaleza de los derechos reconocidos por vía normativa así lo requiere.

d) El deber empresarial de informar a los trabajadores de la empresa con contrato temporal de la existencia de puestos de trabajo vacantes para garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que al resto de los trabajadores.

e) El mandato de que los convenios colectivos establezcan medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores con contrato temporal a la formación profesional continua, con el fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad funcional. Al margen de este loable propósito, cabe la duda de la imperatividad de esta regla en el ordenamiento laboral teniendo en cuenta que el derecho a la negociación colectiva no comporta un deber paralelo de convenir, sino un deber de negociar de buena fe (arts. 37.1 CE y 82.1 y 89.1 ET).

3.3.5. Extinción indemnizada

La utilización desmesurada de la contratación temporal explica la introducción, mediante la modificación de la DT 13.ª ET por la Ley 35/2010 (actual DT 8.ª ET), de una regla orientada a establecer un mayor coste económico para el empresar io en la extinción de los contratos temporales y, al mismo tiempo, a incentivar de manera indirecta el uso de la contratación indefinida. Con este objetivo se prescribe una indemnización cuando el contrato temporal expira –excepto en los contratos de interinato, de inserción y formativos, cuya cuantía es equivalente a la parte proporcional de doce días de salario por cada año de servicios y tiene el carácter de mínimo de derecho necesario relativo. Por lo tanto, es mejorable mediante pacto individual o convenio colectivo (art. 49.1.c. ET).

Debe tenerse muy en cuenta que la exclusión de los trabajadores interinos de esta indemnización es contraria al ordenamiento comunitario. Según señala el TJUE, y que, en concreto, es contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada que acompaña como anexo la Directiva 1999/70/CE (STJUE de 14-9-2016).

Por su parte, el contrato temporal para el fomento del empleo tiene fijada una indemnización, también con el carácter de mínimo de derecho necesario, que pretende compensar su temporalidad sin causa estructural y que es equivalente a doce días de salario por año de servicio.

3.4. Los contratos de trabajo a tiempo parcial

En cuanto a la duración, los contratos de trabajo a tiempo parcial pueden concertarse por tiempo indefinido (de régimen común y fijo discontinuo) o por tiempo determinado (de jubilación parcial y de relevo). De la progresiva eventualidad en el empleo, característica del mercado de trabajo español, no quedan al margen los contratos de trabajo a tiempo parcial, ya que su utilización muestra que éstos son, con mayor frecuencia, contratos de carácter temporal (siguiendo una tendencia de años anteriores, el 89% de los contratos firmados hasta mediados de 2018 eran temporales y, de ellos, el 35% eran más precarios aún, al ser temporales y a tiempo parcial).

La regulación de los contratos a tiempo parcial ha sido objeto de modificaciones normativas proporcionando una nueva redacción al artículo 12 del ET con la finalidad de impulsar la utilización de estas modalidades contractuales, lo cual equivale a confirmar la primordial finalidad de fomento de la ocupación que presentan estos contratos. Estas modificaciones afectan al contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común, así como a los contratos de jubilación parcial y de relevo. Los rasgos más destacados del régimen jurídico

de estos contratos son los que señalamos a continuación, con la excepción del contrato de trabajo fijo discontinuo de carácter no periódico, al que ya hemos hecho referencia.

1) El contrato de trabajo a tiempo parcial de régimen común (CTTP)

a) Concepto

La calificación del CTTP ahora exige que se acuerde la prestación de servicios durante un número de horas al día, la semana, el mes o el año (elemento cuantitativo) inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (elemento subjetivo).

De nuevo volvemos a la regulación establecida en la reforma laboral de 1994 al no imponerse ningún mínimo de reducción de jornada para poder hablar de CTTP: es suficiente con que la jornada dure una hora menos (al día, a la semana, al mes o incluso al año) que la normal para que legalmente pueda formalizarse un CTTP, hecho que dificulta la distinción de este contrato del de trabajo a tiempo completo con pacto de jornada reducida, así como del contrato de trabajo fijo discontinuo de carácter no periódico que, como ya hemos visto, ahora se deja de considerar una modalidad del trabajo a tiempo parcial.

Con la finalidad de delimitar con mayor precisión la jornada que sirve de contraste para establecer la reducción, se aclara el sentido que hay que atribuir al elemento subjetivo cuya jornada se toma inicialmente como módulo de comparación. De esta manera, la expresión trabajador a tiempo completo comparable se debe entender referida "a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar". Ante la inexistencia en la empresa de trabajadores a tiempo completo comparables, debemos recurrir, en primer lugar, a la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo aplicable. Si no aparece, el módulo que se debe utilizar será el de la jornada máxima legal.

b) Formalidades

El CTTP tiene que formalizarse por escrito. Si no se observa la forma escrita y el contrato es temporal, se entiende formalizado a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario. Asimismo, hay que indicar expresamente el "número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución". Modificando la anterior y permisiva referencia genérica, el artículo 12.4 ET establece la obligación empresarial de registrar día a día la jornada de los trabajadores a tiempo parcial, así como su totalización mensual, entregándoles una copia del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto si se trata de horas ordinarias como de horas complementarias. El empresario está obligado a conservar estos resú-

menes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años. El incumplimiento de esta obligación determina la presunción *iuris tantum* de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

c) Horas complementarias

Junto con las horas ordinarias de trabajo es posible pactar la realización de horas complementarias. Esta clase de horas fue introducida por el RDL 15/1998 de 27 de noviembre como una fórmula que permitía la ejecución material de horas extraordinarias sin que se calificasen formalmente así (de este modo se evita que representen para el empresario un mayor coste económico). En relación con estas horas complementarias el artículo 12.5 ET las define como aquellas realizadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, quedando sujetas a las siguientes reglas:

- Es posible exigir la realización de horas complementarias cuando empresario y trabajador lo hubieren pactado expresamente y por escrito. Este pacto puede realizarse en el momento de celebración del contrato a tiempo parcial o en un momento posterior.

- Solo se podrá formalizar el pacto de horas complementarias cuando la jornada de trabajo pactada en el contrato a tiempo parcial no sea inferior a 10 horas semanales en cómputo anual.

- El número de horas complementarias que pueden ser realizadas no podrá exceder del 30% de las horas ordinarias pactadas en el contrato. La negociación colectiva podrá, no obstante, establecer otro porcentaje máximo que en ningún caso podrá ser inferior al 30% ni superior al 60% de las horas contratadas.

- El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto, transcurrido un año desde su celebración, cuando el trabajador no pudiera realizarlas debido a la incompatibilidad horaria derivada de necesidades formativas, incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial o la necesidad de atender responsabilidades familiares. El trabajador deberá preavisar su renuncia a la realización del pacto con quince días de antelación.

En aquellos contratos a tiempo parcial de duración indefinida en los que la jornada pactada no sea inferior a 10 horas semanales en cómputo anual, el empresario podrá ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, cuyo número no podrá exceder del 15% de las horas ordinarias pactadas en el contrato, ampliables al 30% por convenio colectivo. Estas horas complementarias voluntariamente aceptadas no computarán a efectos del límite establecido para las horas complementarias.

En ningún caso, la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las voluntariamente aceptadas, podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial.

d) Equiparación y proporcionalidad

Como regla general, derivada del principio de igualdad y no discriminación, se reconocen al trabajador a tiempo parcial los mismos derechos que a los trabajadores a tiempo completo. Ahora bien, de acuerdo con este mismo principio, la citada equiparación no puede ser absoluta teniendo en cuenta la reducción del tiempo de trabajo, consustancial al CTTP. De manera que aquellos derechos serán reconocidos cuando corresponda en atención a su naturaleza de forma proporcional y de acuerdo con el tiempo trabajado.

e) Novación

La ley subraya el carácter voluntario que siempre tiene para el trabajador la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y al revés, y establece expresamente la prohibición de que el trabajador sea despedido o sufra otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar tal conversión. Con la finalidad de posibilitar esta movilidad del trabajador con respecto a la duración de su jornada y la consiguiente conversión de su contrato, se establece la obligación empresarial de informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que puedan formular solicitudes de conversión.

2) Los contratos de trabajo de jubilación parcial (CTJP) y de relevo (CTR)

La regulación de estas modalidades se articula sobre la base de dos ideas básicas: por una parte, promover la prolongación de la vida laboral activa más allá de los sesenta y cinco años, ya que se estima que tal prolongación tiene efectos positivos sobre los trabajadores afectados, el conjunto de la sociedad y la viabilidad del sistema público de pensiones (punto IV del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001). Por otro lado, favorecer una mayor utilización de estos contratos, en especial del CTR, dado el reducido porcentaje de los que se formalizan bajo esta modalidad. De este modo se impulsa el fomento de la ocupación por medio de su reparto.

Desde este punto de vista debemos destacar los aspectos más característicos de la regulación actual de dichos contratos:

a) El CTJP. Así se califica el contrato que concierta el trabajador con su empresa para reducir la jornada de trabajo y el salario entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75% cuando el contrato se concierte a jornada completa y con duración indefinida, pues, de no ser así, dicho máximo se fija en un 50%. El trabajador debe reunir bien las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social, con

excepción de la edad –la cual vendrá determinada de acuerdo con la escala contenida en el artículo 215.2.a) LGSS–, bien el cumplimiento de la mencionada edad, junto con estas condiciones. Esta modalidad contractual es compatible con la jubilación parcial y la extinción de la relación laboral tiene lugar al producirse la jubilación total.

b) El CTR. En el caso de trabajadores que no hayan alcanzado la edad de jubilación, la validez del CTJP está condicionada a la formalización simultánea por parte de la empresa de un CTR con un trabajador en situación de desempleo o que tenga formalizado con la empresa un contrato de duración determinada para sustituir la jornada de trabajo que deja vacante el trabajador que se jubila parcialmente.

En el supuesto de trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, la empresa está facultada para sustituirlos mediante el CTR, sin que aquí exista, por tanto, el condicionante previsto en el caso anterior. En cuanto a la duración del CTR en caso de que el trabajador sustituido todavía no haya alcanzado la edad de jubilación, ahora puede ser indefinida o igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar dicha edad. Si al cumplirla el trabajador jubilado continúa parcialmente en la empresa, el CTR con duración determinada se puede prorrogar mediante un acuerdo de las partes por periodos anuales. Su extinción se producirá, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en que tenga lugar la jubilación total del trabajador sustituido.

La duración del CTR en el supuesto de trabajador jubilado parcialmente una vez alcanzada la edad de jubilación puede ser indefinida o anual. En este último caso, el contrato se prorroga automáticamente por periodos anuales y su extinción sucede de la misma manera que en el supuesto anterior.

El CTR puede formalizarse a jornada completa o a tiempo parcial. Para cualquiera de estas dos opciones, la duración de la jornada tiene que ser igual, al menos, que la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido. La existencia de dos trabajadores (el jubilado parcialmente y el que lo releva) entre los que se distribuye la jornada del trabajador sustituido explica que el horario de trabajo de quien lo releva pueda completar el del trabajador sustituido o bien ser simultáneo al de aquél.

El puesto de trabajo que ocupa el trabajador que toma el relevo puede ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, que la ley identifica con el desarrollo de tareas correspondientes al mismo grupo profesional. Esta disyuntiva obedece básicamente a la posibilidad de que el empresario ejerza su poder de variación asignando a otro trabajador las funciones que el trabajador sustituido deja de prestar en parte, de manera que el relevista pase a desarrollar la tarea de ese otro trabajador. Con respecto a este asunto, destacamos que la

ley sólo regula la sustitución de la jornada del trabajador jubilado parcialmente, sin pronunciarse sobre el trabajador concreto que tenga que suplirlo en el desarrollo de sus funciones.

4. El periodo de prueba

4.1. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica

En el marco del contrato de trabajo, las partes que lo han concertado tienen la facultad de pactar un periodo de prueba con la finalidad de que puedan verificar en qué medida la relación contractual establecida es adecuada para los respectivos intereses.

El deber de experimento prescrito de forma legal obedece formalmente a esta finalidad, conforme a la cual: "El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba" (art. 14.1 ET).

Si el periodo de prueba no satisface las expectativas de las partes, la facultad de desistir asiste instrumentalmente a cualquiera de las dos a fin de resolver el vínculo contractual sin sujeción a las limitaciones establecidas para la extinción ordinaria del contrato de trabajo (art. 14.2 ET).

De esta noción del periodo de prueba fluyen sus principales caracteres y su naturaleza jurídica.

a) Desarrollo tempestivo. La realización del periodo de prueba se debe producir en la fase inicial del contrato de trabajo. Por lo tanto, no estamos frente a un negocio jurídico independiente de esta relación contractual (que pueda considerarse un contrato de prueba), sino ante un pacto estipulado en el contrato cuyo desarrollo tiene lugar en esta fase inicial. La verificación mutua de que la relación contractual se ajusta a los intereses de las partes sólo tiene sentido en esta fase. Por ese motivo, la ley sanciona con la nulidad "el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación" (art. 14.1 ET). La STS de 20 de enero de 2014 admite la contratación del trabajador cuando haya desempeñado con anterioridad las mismas funciones siempre que no se supere, singular o acumulativamente, el periodo de prueba convencionalmente previsto.

b) Libertad de resolución del contrato de trabajo. La característica que confiere más singularidad al periodo de prueba reside en la facultad atribuida a las partes para resolver libremente el contrato de trabajo cuando el deber de experimento no satisface sus intereses, si bien esta libertad no es irrestricta, como ya veremos después. De esta especificidad deriva la naturaleza jurídica del periodo de prueba: pacto que sujeta el contrato de trabajo a condición re-

solutoria, de índole positiva y potestativa. De este modo, la declaración válida de voluntad resolutoria de cualquiera de las partes extingue los efectos ya producidos por la relación contractual.

c) Bilateralidad formal y unilateralidad real. Aunque la finalidad del periodo de prueba se oriente en la ley a comprobar recíprocamente las características y circunstancias derivadas de la relación contractual de trabajo, en realidad el periodo mencionado suele obedecer a la tutela de los intereses empresariales, excepto en el caso de supuestos específicos de alta calificación profesional del trabajador que determinan su interés en valorar el contenido de aquella relación con su posible continuidad.

Por una parte, debemos tener en cuenta la evolución del contexto normativo del periodo de prueba en nuestro ordenamiento. Así, la figura surge en un sistema de relaciones laborales que, por medio de las OL, mostraba su preferencia por el contrato de trabajo de duración indefinida. Pero la posterior y prolongada existencia en el mercado de trabajo de unas tasas de temporalidad muy elevadas desnaturaliza la finalidad del periodo de prueba, ya que en esos casos la duración determinada del contrato cumple, en la práctica, la finalidad propia de dicha figura. Pese a todo, y dado que la regulación legal no establece ningún tipo de limitación para la posibilidad de pactar aquel periodo según la duración del contrato, la jurisprudencia admite la licitud de dicho periodo en los contratos de trabajo por tiempo determinado, incluso aunque estos contratos consuman en la prueba gran parte de su duración (STS de 17 de febrero de 1985, RJ 67).

No obstante, hay un límite señalado por la jurisprudencia al declarar nulo por ineficaz el periodo de prueba cuando la duración de éste coincida con la del contrato de trabajo, de manera que la cláusula que establece esta duración coincidente tiene que considerarse abusiva y prohibida por los artículos 7.2 del CC y 49.1.b) del ET (STS de 29 de septiembre de 1988, RJ 7146, STS de 12 de noviembre de 2007, RJ 4341 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de marzo de 1999, AS 897). Este criterio judicial no es, sin embargo, pacífico. Así, y con algunos precedentes en este ámbito, el TS considera que el período de prueba pactado con duración igual a la del contrato de trabajo temporal en el que se incluye no puede considerarse abusivo cuando dicha duración esté prevista en el convenio colectivo aplicable (STS de 4 de marzo de 2008, RJ 2839).

Por otra parte, no debemos desconocer que la facultad de resolver libremente el contrato de trabajo tiene al empleador como principal beneficiario, ya que, como tendremos ocasión de ver en el capítulo correspondiente, el trabajador tiene reconocido el derecho a extinguir la relación contractual mediante dimisión sin alegar ninguna causa y con el único requisito formal del preaviso (art. 49.1.d) ET).

4.2. Régimen jurídico

4.2.1. Forma

La estipulación del periodo de prueba es una facultad que la ley reconoce a las partes del contrato de trabajo. La forma debe ser necesariamente escrita (art. 14.1 ET), sin que, por lo tanto, se presuma su existencia. Así pues, la forma verbal no es admisible. Tampoco se satisface la exigencia de forma escrita mediante el establecimiento de una cláusula en el convenio colectivo en el que se fije un periodo general de prueba, ya que esta regulación no suple la omisión en el contrato (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 1997, AS 1600 y SSTSJ de Sevilla/Andalucía de 18 de septiembre de 1998, AS 2976).

En consecuencia, la forma escrita del pacto de prueba se configura como requisito constitutivo para que sea válido; su ausencia determina que el periodo de prueba se tenga por inexistente (STSJ de Castilla-la Mancha de 11 de abril de 1996, AS 1377).

Por otra parte, en la relación laboral especial de los condenados en talleres penitenciarios (RD 782/2001, de 6 de julio) no se establece la posibilidad de pactar un periodo de prueba, dado que el trabajo productivo por cuenta ajena que desarrollan estos trabajadores se califica, al mismo tiempo, como un derecho y un deber de éstos (art. 132 del RD 190/1996 de 9 de febrero) en concordancia con las finalidades de reeducación y reinserción social que el artículo 25.2 de la CE asigna a las penas privativas de libertad.

4.2.2. Duración

La duración del periodo de prueba suscita entre las partes del contrato de trabajo una clara divergencia de intereses: generalmente, el empresario buscará un periodo más dilatado con el objetivo de asegurar la finalidad del periodo de prueba, mientras que el trabajador tenderá a obtener la mínima duración con la intención de conseguir con presteza una mayor estabilidad de la relación contractual.

La ley resuelve esta contraposición articulando un doble mecanismo. Como vía preferente se remite a los límites de aquel periodo que establezca el convenio colectivo. Si el convenio guarda silencio al respecto, el mismo ET regula de forma supletoria unos plazos máximos que consideran, de manera genérica, la cualificación profesional del trabajador: seis meses, para los técnicos titulados, y dos meses, para el resto de los trabajadores. Se dispensa un trato más favorable a las empresas que tengan menos de veinticinco trabajadores, ya que, en tal caso, el periodo de prueba de los trabajadores contratados que no tengan de la condición de titulados se amplía hasta un máximo de tres meses.

Ante la regulación anterior (que impedía superar mediante pacto la duración legal máxima del periodo de prueba: STC 71/1993 de 1 de marzo), el carácter dispositivo que los plazos legales tienen en la regulación vigente del convenio colectivo favorece los intereses del empresario, dado que no sólo puede pactarse lícitamente la reducción en aquella sede convencional, sino también su ampliación. No obstante, la jurisprudencia no admite la ampliación pactada en convenio colectivo si esta se considera abusiva en función de las características de la actividad que debe desarrollar el trabajador, ya que desnaturaliza la función del período de prueba, de forma que la cláusula convencional se califica como radicalmente nula (SSTS de 12 de noviembre de 2007 y de 20 de julio de 2011). Pero los necesarios límites casuísticos en los que ha de desenvolverse la actividad judicial aconsejan una mayor precisión por parte de la Ley, al establecer los límites insuperables por el convenio colectivo en la fijación de la duración máxima del período de prueba.

En algunos supuestos, la ley regula plazos específicos de duración del periodo de prueba. Esto sucede en ciertas relaciones laborales de carácter especial así como en el caso del contrato de trabajo en prácticas y en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Al considerar la norma la singularidad del objeto de esta modalidad contractual (la prestación asalariada de servicios mediante la práctica de unos conocimientos previamente adquiridos), se reduce la duración máxima del periodo de prueba: un mes para los trabajadores que poseen título de grado medio y dos meses para los que tengan título superior. No obstante, también aquí la regulación legal es dispositiva mediante el convenio colectivo, que está facultado para establecer plazos diferentes, ya sean de duración inferior o superior (art. 11.1.d) ET), lo que resulta todavía menos comprensible que en la regulación común considerando el propósito perseguido por esta modalidad contractual.

En el contrato de apoyo a los emprendedores se fija una duración del periodo de prueba de 1 año. Su introducción por la reforma laboral del 2012 no ha estado exenta de críticas al considerarse desproporcionada su duración, ampliando con ello la facultad resolutoria del empresario sin abono de indemnización y desplazando la doctrina jurisprudencial que venía considerando como improcedente la extinción contractual por no superación del periodo de prueba cuando este tuviera una duración excesivamente dilatada (STS de 20 de julio del 2011, RJ 2011/6680). La STC 119/2014 de 16 de julio declaró, sin embargo, la constitucionalidad del periodo de prueba establecido en el contrato de apoyo a emprendedores.

4.2.3. Efectos

El examen de los efectos del periodo de prueba se debe llevar a cabo de acuerdo con su incidencia en dos hitos temporales que marcan su transcurso y su finalización: **el transcurso y el fin de dicho periodo**.

1) El transcurso del periodo de prueba

Durante esta fase se registran los efectos siguientes:

a) Invariabilidad relativa del estatus jurídico del trabajador

Como consecuencia derivada del desarrollo del periodo de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo –esto es, en el marco de una relación contractual ya nacida–, la ley reconoce al trabajador "los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla" (art. 14.2 ET).

A partir de este reconocimiento, en principio el estatus jurídico del trabajador sujeto al periodo de prueba no tiene que experimentar ningún detrimento. No obstante, esto no es exactamente así, ya que, como hemos señalado antes, la principal particularidad anotada en el mencionado periodo es la facultad de libre resolución de la relación laboral de la que ambas partes pueden hacer uso durante el periodo, sin quedar sometidas a las limitaciones existentes para la extinción ordinaria del contrato de trabajo. Tal como indica la misma norma legal, los derechos y obligaciones derivados de la resolución de la relación laboral quedan exceptuados de la equiparación general de derechos y obligaciones que dicha norma establece previamente a favor del trabajador (art. 14.2 ET).

El desplazamiento de las reglas reguladoras de la extinción ordinaria del contrato de trabajo a causa del ejercicio de la referida facultad comporta la exigencia de que la declaración de voluntad extintiva revista forma especial y que la alegación expresa de causa de cualquier tipo no resulte obligada.

Con todo, debemos efectuar dos precisiones:

- en primer lugar, que la comunicación de la decisión extintiva no debe ser extemporánea, puesto que si el periodo de prueba ha transcurrido cuando esta decisión se comunica, "el contrato producirá plenos efectos" (art. 14.3 ET);

- en segundo lugar, debemos tener en cuenta que la no exigencia de alegación expresa de causa no tiene que identificarse con inexistencia de causa suficiente, cuya prueba tiene que estar siempre disponible en relación con el resultado del deber de experimento. Este deber vincula a ambas partes para llevar a cabo las experiencias que constituyen el objeto del periodo de prueba en conexión con la prestación laboral contratada. Este hecho explica que la mencionada facultad no pueda concebirse de ninguna manera en términos absolutos, ya que su utilización no queda amparada si se ejer-

ce en fraude de ley o con vulneración de derechos fundamentales (SSTS de 27 de diciembre de 1989, RJ 9088 y SSTS de 1 de octubre de 1990, RJ 7513; SSTC166/1988, de 26 de septiembre, y SSTC 94/1984, de 16 de octubre).

b) Interrupción del periodo de prueba

El transcurso del periodo de prueba es susceptible de interrupción, lo cual comporta paralizar el cómputo del plazo acordado o legalmente establecido y reanudarlo una vez que haya finalizado la causa interruptiva. La ley prescribe expresamente esta interrupción para los supuestos de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento, siempre que se produzca acuerdo entre las partes (art. 14.3). No se exige que el acuerdo se formalice por escrito, por lo que, al margen de la conveniencia de hacerlo por razones de seguridad jurídica, la forma verbal será suficiente. La norma legal no exige tampoco que el acuerdo sea simultáneo al pacto de prueba, de manera que puede ser posterior a éste e, incluso, posterior a la producción de la causa interruptiva, siempre que se adopte antes de que dicha causa haya cesado.

En sentido contrario, si el acuerdo no se produce, las mencionadas causas no tendrán la virtud de interrumpir el periodo de prueba. Por este motivo, se ha calificado de despido improcedente la resolución del contrato de trabajo porque no se ha superado el periodo de prueba una vez transcurrida la incapacidad temporal del trabajador y sin que se haya pactado la interrupción del mencionado periodo por dicha causa, teniendo en cuenta el carácter extemporáneo de esa decisión (STSJ de Castilla-la Mancha de 30 de junio de 2000, IL/L 1562).

Según se desprende de una interpretación a *sensu contrario* del artículo 14.3, párrafo segundo del ET, en principio el resto de las causas que originan la suspensión del contrato de trabajo no interrumpe el periodo de prueba, con la excepción de la huelga, señalada por la jurisprudencia (STCT de 24 de noviembre de 1981 Ar. 6.876). Este efecto no interruptivo puede frustrar la finalidad del periodo de prueba, pero aquí la ley ha optado por la defensa inicial de los intereses del trabajador, de la misma manera que lo ha hecho al exigir el acuerdo de las partes para que se produzca la interrupción de este periodo cuando concurran las causas que expresamente enumera. También para estas otras causas las partes pueden evitar que el mero transcurso del tiempo ponga punto final al periodo de prueba si pactan expresamente su interrupción, ya que la ley no prevé ninguna regla prohibitiva al respecto.

2) El fin del periodo de prueba

Si el periodo de prueba transcurre sin que los sujetos del contrato de trabajo hayan ejercitado su singular facultad de resolución, la relación contractual "producirá plenos efectos, computándose el tiempo de servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa" (art. 14.3.1 ET).

Asimismo, la superación del periodo de prueba tiene el efecto relevante de cerrar el paso al despido objetivo por ineptitud, de manera que la que pueda haber antes del cumplimiento de un periodo de prueba (originaria o sobrevenida durante éste) no se podrá alegar de forma eficaz como causa que justifique este tipo de despido (art. 52.a) ET) una vez que se haya cumplido el periodo. Por consiguiente, la norma admite el carácter sanatorio de dicho periodo siendo evidente que, salvo supuestos excepcionales de maquinación fraudulenta, el empresario puede conocer durante el referido periodo la aptitud del trabajador y puede desistir de la relación contractual estipulada, si procede.

El efecto indirecto que la superación del periodo de prueba provoca es presumir –con carácter *iuris tantum*– como trabajadores fijos a aquellos que no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social (art. 15.2 ET).

5. La ineficacia del contrato de trabajo

Como todo negocio jurídico, el contrato de trabajo puede resultar ineficaz, lo cual supone privarlo de los efectos jurídicos que despliega habitualmente mediante la declaración judicial de nulidad. Como sucede en el ordenamiento común, las causas de nulidad del contrato de trabajo derivan de la vulneración de las normas imperativas, sean prohibitivas (por ejemplo, no tener la titulación exigida) o provengan de la ilicitud del objeto o de la causa del contrato (por ejemplo, simulación absoluta del contrato de trabajo para obtener prestaciones de la Seguridad Social).

La regulación de la ineficacia del contrato de trabajo permite distinguir dos tipos de nulidad: total y parcial.

5.1. Nulidad total

Esta clase de nulidad afecta al contrato de trabajo íntegramente (por ejemplo, contratación de un menor de dieciséis años o contratación de una persona para realizar una actividad delictiva). La sanción de nulidad total y las sanciones eventuales de carácter laboral y penal que la acompañan no impiden que la norma legal dispense, al mismo tiempo, determinada protección al sujeto que ha prestado los servicios por cuenta y bajo la dependencia ajena, pero mediante un contrato de trabajo judicialmente declarado ineficaz. Con esta finalidad tuitiva, y para evitar un enriquecimiento injusto del empresario que se ha beneficiado de aquella prestación, se reconoce al trabajador el derecho a reclamar la remuneración que le habría correspondido por el trabajo ya prestado si el contrato se hubiera considerado válido (art. 9.2 ET).

5.2. Nulidad parcial

En el supuesto, más frecuente, de que la nulidad sólo afecte a una parte del contrato (por ejemplo, cláusula de temporalidad fraudulenta o pacto individual de renuncia al derecho a la huelga), el ordenamiento laboral acoge el principio de conservación del negocio dirigido, aquí, a reforzar la estabilidad en el empleo. Para hacerlo, se considera que la parte nula del contrato no se extiende al resto, y con esta finalidad su validez se establece de forma expresa (art. 9.1 ET).

Una vez inmunizada la parte del contrato no afectada por la nulidad, la ley preserva la coherencia aplicativa del contrato en su conjunto por medio de dos mandatos (art. 9.1 ET). Por una parte, dispone que la parte nula se entiende completada con los preceptos jurídicos adecuados, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.1 ET, lo cual comporta integrar esta parte mediante el

abanico de fuentes que este precepto enumera. Por otra parte, encomienda al juez que decida si las condiciones de trabajo de la parte válida conexas con las de la parte nula subsisten o son suprimidas.

Resumen

Del estudio de este módulo destacamos una serie de puntos principales:

1) Mercado de trabajo y política de ocupación. En este punto hemos partido de la consideración, como premisa, del derecho constitucional al trabajo y de la doble dimensión que posee, individual y colectiva. En el plano individual, se han caracterizado el derecho mencionado y su estructura (sujetos, objeto y contenido). Después hemos pasado a estudiar con más detenimiento la política de ocupación por lo que respecta a la dimensión colectiva y el presupuesto del derecho al trabajo, y el objeto de estudio han sido tres aspectos: el concepto, el régimen jurídico-laboral (sujetos, finalidades y contenido) y los efectos de las medidas y las técnicas normativas que se articulan para poner en práctica su política.

2) Capacidad para contratar. El nacimiento del contrato de trabajo lo hemos abordado desde la perspectiva del consentimiento, ya que el objeto y la causa son regulados por las reglas del ordenamiento común. De forma más específica, y teniendo en cuenta que en esta materia la capacidad contractual del empresario también se rige por el ordenamiento mencionado, la exposición se ha centrado en la capacidad laboral para contratar del trabajador, y hemos examinado las circunstancias que inciden en dicha capacidad (edad, nacionalidad, causas de incapacitación y condena penal).

3) Duración del contrato. Tras haber identificado la contraposición de intereses de las partes cuando se trata de determinar la duración del contrato de trabajo, hemos estudiado su tipología precisamente desde el ángulo de la duración como elemento natural y relevante de la relación contractual. En primer lugar, hemos estudiado el contrato de trabajo de duración indefinida. Caracterizado por la indeterminación del plazo final, cuya llegada las partes desconocen por adelantado, hemos presentado sus dos modalidades principales: el contrato para el fomento de la contratación indefinida y el contrato fijo discontinuo. Hemos dedicado una especial atención al contrato de trabajo de duración determinada, singularizado por el conocimiento previo del plazo final, aunque con precisiones diferentes según la forma en que se señale la temporalidad. Partiendo de la causa que lo sustenta, hemos ofrecido una panorámica de las modalidades básicas (con causa estructural y con causa mixta), y hemos hecho una referencia específica a la problemática particular suscitada en torno a la contratación laboral temporal en las administraciones públicas y de los contratos a tiempo parcial, muchos de los cuales son temporales.

Actividades

1. Explicad la relación funcional que existe entre la política de ocupación y el derecho al trabajo.

2. Exponed las razones determinantes del hecho de que la consecución de la transparencia del mercado de trabajo sea una finalidad específica prioritaria de la política de ocupación en relación con el conjunto de finalidades específicas que se le atribuyen.

3. Identificad, de manera sintética, cuál es la función intermediaria que llevan a cabo las ETT.

4. Explicad la diferencia que hay entre capacidad laboral para contratar y aptitud para trabajar.

5. Señalad cuáles son los intereses respectivos del empresario y el trabajador en el momento de determinar la duración del contrato de trabajo.

6. Resumid brevemente las líneas de evolución histórica que ha experimentado la disciplina legal sobre la duración del contrato de trabajo.

7. Describid y valorad el significado del criterio objetivo de la contratación laboral.

Ejercicios de autoevaluación

De selección

1. El derecho al trabajo se caracteriza...

a) por ser una mera declaración programática.
b) por ser un derecho subjetivo de ejercicio imposible.
c) por ser un derecho prestacional.
d) por ser un derecho cuyo reconocimiento legal es facultativo.

2. El contenido complejo del derecho al trabajo incluye...

a) la facultad de exigir al empleador un puesto de trabajo.
b) la facultad de exigir al empleador un puesto de trabajo adecuado.
c) la facultad de exigir un puesto de trabajo fijo.
d) el derecho a no ser despedido si no hay una causa justa.

3. Pueden coadyuvar los representantes de los trabajadores y los empresarios en el desarrollo de una política de empleo?

a) No tienen la habilitación legal para ello.
b) Pueden hacerlo si la ley los autoriza de manera expresa.
c) Están habilitados de manera genérica para hacerlo en su condición de titulares del derecho de negociación colectiva.
d) Pueden hacerlo por vía supletoria cuando la ley así lo disponga.

4. En relación con el trabajador cedido, la ETT...

a) ejerce el poder de dirección.
b) está facultada para desplazarlo temporalmente.
c) tiene que informarle sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo.
d) está facultada para sancionar las faltas laborales que éste cometa en la empresa usuaria.

5. La reducción legal o convencional de la jornada de trabajo ordinaria es...

a) una potestad atribuida a la jurisdicción social.
b) una técnica limitativa del tiempo de trabajo derivada del reparto del trabajo.
c) una finalidad específica de la política de empleo.
d) un deber normativo de los agentes sociales.

6. Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis no emancipados y que no hayan obtenido el beneficio judicial de la mayoría de edad...

a) no pueden concertar el contrato de trabajo.
b) pueden concertar el contrato de trabajo por medio de representación.
c) pueden llevar a cabo el contrato de trabajo por medio de la autorización de sus representantes legales.
d) sólo pueden desarrollar el contrato de trabajo para trabajar en espectáculos públicos.

7. La obligación empresarial de llamamiento cada vez que la actividad productiva se reanude hay que cumplirla en relación con...

a) el contrato de trabajo de carácter indefinido.
b) el contrato de trabajo a tiempo parcial fijo y discontinuo de carácter no periódico.
c) el contrato para trabajos eventuales.
d) el contrato de trabajo a tiempo parcial.

8. El incremento regular del trabajo desarrollado durante los meses de invierno en una estación de esquí se tiene que atender con...

a) el contrato fijo discontinuo de carácter periódico.
b) el contrato para trabajos eventuales.
c) el contrato por obra o servicio determinados.
d) el contrato indefinido de carácter continuo.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. c

2. d

3. c

4. d

5. b

6. c

7. b

8. a

Glosario

AS *sigla* Aranzadi Social.

capacidad laboral para contratar *f* Idoneidad específica de los sujetos del contrato de trabajo para llevarlo a cabo con plena validez y eficacia jurídicas.

causas de incapacitación *f pl* Enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse a sí misma.

CC *sigla* Código civil.

CE *sigla* Constitución española.

comunidades de bienes *f pl* Sujetos de derecho desprovistos de personalidad, pero facultados para contratar laboralmente bajo la condición de empresarios.

contrato de trabajo de duración indefinida *m* Modalidad de contrato de trabajo que se caracteriza por la inexistencia de un plazo cuya indeterminación comporta que los sujetos del contrato desconozcan de antemano el momento en que concluirá dicho negocio.

contrato de trabajo de duración determinada *m* Modalidad de contrato de trabajo en la que las partes conocen de antemano su carácter temporal, aunque la manera de delimitar el plazo final condicione su conocimiento preciso (fijación de plazo de vigencia, previsión de un plazo resolutorio y fijación de una condición resolutoria).

contrato de trabajo fijo discontinuo *m* Modalidad de contrato de trabajo de duración indefinida en la que la prestación laboral se desarrolla con ciertas interrupciones de carácter suspensivo, sin que se exija su ejecución todos los días que tienen la consideración de laborables.

CP *sigla* Código penal.

ETT *sigla* Empresa de trabajo temporal.

ET *sigla* Estatuto de los Trabajadores (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

INEM *sigla* Instituto Nacional de Ocupación (Instituto Nacional de Empleo).

OIT *sigla* Organización Internacional del Trabajo.

política de empleo *f* Conjunto de actuaciones emprendidas por los poderes públicos, los agentes sociales y los empresarios que inciden en el mercado de trabajo desde la perspectiva jurídico-laboral con el fin de alcanzar la plena ocupación productiva de la población activa.

RD *sigla* Real Decreto.

RDL *sigla* Real Decreto Ley.

RJ *sigla* Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

SPEE *sigla* Servicio Público de Empleo Estatal

SPECA *sigla* Servicio Público de Empleo de las Comunidades Autónomas

STC *sigla* Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS *sigla* Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ *sigla* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

UE *sigla* Unión Europea.

Bibliografía

Bibliografía básica

Alarcón Caracuel, M.R. (1988). *La ordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: Tecnos.

Cabrera Bazán, J. (1982). *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*. Madrid: Akal.

Comisión Europea (2017). *Evolución del empleo y de la situación social en Europa 2016*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Martín Valverde, A. (1980). "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española". En: Varios autores. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Martínez Abascal, V. A. (2017). "La flexiseguridad en el marco del Derecho de la Unión Europea". En: *XXVII Congreso de DTSS de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad: Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*. Madrid: Editorial Cinca.

OIT (1996). *El empleo en el mundo 1996/97. Las políticas nacionales en la era de la mundialización*. Ginebra: Publicaciones de la OIT.

OIT (2017). *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2017*. Ginebra: Publicaciones de la OIT.

Sastre Ibarreche, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta.

Valdés Dal-Ré, F.; Lahera Corteza, J. (2004). *La precariedad laboral en España*. Granada: Comares.

Bibliografía complementaria

Bequele, A.; Boyden, J. (dir., 1990). *La lucha contra el trabajo infantil*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Casas Baamonde, M. E. (2000). "Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo discontinuo y contrato de relevo (art. 12). El Estatuto de los Trabajadores veinte años después". En: *Revista española de Derecho del Trabajo* (n.º 100).

Comisión Europea (MISEP) (1998). *La política de empleo en España. Informe de base sobre instituciones, procedimientos y medidas de política de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Cruz Villalón, J. (2015). "Elementos críticos del período de prueba". En: *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Tecnos.

Gallego Moya, F. (2016). *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Pamplona. Thomson-Reuters.

Guanche Marrero, A. (1993). *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Madrid: Civitas.

Guerrero Vizuete, E. (2013). "Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio". *Revista de Derecho Social* (n.º 61).

Martín Puebla, E. (1998). *Formación profesional y contrato de trabajo. Un estudio sobre la adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa*. Madrid: La Ley-Actualidad.

Martínez Abascal, V. A. (1995). "El derecho constitucional al trabajo y su tratamiento en la normativa comunitaria". En: Varios autores. Sempere Navarro (dir.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Martínez Abascal, V. A. (2003). "Derecho al trabajo y políticas de empleo". En: Varios autores. *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo (I)* (vol. II). Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.

Martínez Abascal, V. A. (2010). "El contrato temporal de fomento del empleo". En: Monereo Pérez, J.L. (dir.). *Las modalidades de contratación temporal. Estudio de su régimen jurídico*. Granada: Comares.

Martínez Abascal, V. A. (2010). "Los trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos". En: Camps Ruiz, L.M.; Ramírez Martínez, J.M.; Sala Franco, T. (coord.). *Crisis, reforma y futuro del*

Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Abascal, V. A. (2015). "La contratación temporal de estructura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores". En: *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid. Tecnos.

Martínez Abascal, V. A. (2016). "El trabajo a tiempo parcial: entre la flexibilidad empresarial y la conciliación de la vida personal y familiar". En: J. Cruz Villlalón, J. M. Gómez Muñoz y P. Rodríguez-Ramos Velasco (coords.). *Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social*. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Empleo, Empresa y Comercio.

Martínez Abascal, V. A. (2016). "La contratación temporal en la reforma laboral 2012-2015: precedentes, acotaciones y antídotos". En: F. Pérez Amorós y E. Rojo Torrecilla (dirs.). *Balance de la reforma laboral de 2012*. Albacete: Bomarzo.

Moreno Gené, J. (2015). *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines*. Barcelona, Atelier.

Pérez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta.

Rodríguez-Piñero Royo, M. (1994). *Las Empresas de Trabajo Temporal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rojo Torrecilla, E. (2016). "Las reformas laborales de la legislatura 2012-2015. Una visión general y crítica del RDL 3/2012, de la Ley 3/2012 y de la jurispridencia del TC que valida la reforma." En Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E. (Directores). Balance de la reforma laboral de 2012. Albacete. Bomarzo.

Sempere Navarro, A. V.; Quintanilla Navarro, R. (2003). *La contratación laboral en las Administraciones públicas*. Pamplona. Thomson-Aranzadi.

Normativa básica

Apartado 1. Mercado de trabajo y política de ocupación

– Artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

– Artículo 1 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

– Ley 40/2006, de 14 de diciembre.

– Ley 33/1971, de 21 de julio.

– Convenio OIT 140/1974, de 25 de junio.

– Artículos 13, 14, 25.2, 35.1, 40.1, 40.2, 42 y 103.3 de la CE.

– Artículos 4.1.a, 4.2.a, 4.2.b, 4.2.c y 4.2.g, 16, 17, 23.1.b, 23.2 y 43 del ET.

– RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de empleo.

– Artículos 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio.

– Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

– Orden Ministerial de 10 de octubre de 1995.

– Ley 63/1997, de 26 de diciembre.

– Ley 14/1994, de 1 de junio.

– RD 417/2015, de 29 de mayo.

– RD 1796/2010, de 30 de diciembre.

– RD 1050/1997, de 27 de junio, sobre traspaso a la Generalitat de Cataluña de la gestión en el ámbito del trabajo, la ocupación y la formación.

– Orden Ministerial de 10 de octubre de 1995.

– RDL 11/1998, de 4 de septiembre.

– LO 5/2002, de 19 de junio.

- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

Apartado 2. Capacidad para contratar

– Convenio OIT 138/1973, de 27 de junio.

– Artículos 12, 13 y 35.1 de la CE.

– Artículos 6 y 7 del ET.

– Artículos 30, 35 y 38, 199, 200, 210, 314, 315, 323, 392 y 1261 del CC.

– Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

– RD 240/2007, de 16 de febrero.

– Artículos 39.b, 45 y 56 del CP.

– Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

– RD 557/2011, de 20 de abril.

Apartado 3. Duración del contrato de trabajo

– Artículo 1583 del CC.

– Artículos 9.1 y 10.3 de la CE.

– Artículos 8, 10 a 13, 15, 49.1.b y 49.1.c del ET.

– RD 2317/1993, de 29 de diciembre.

– RD 488/1998, de 27 de marzo.

– RD 15/1998, de 27 de noviembre.

– RD 2720/1998, de 18 de diciembre.

– Ley 12/2001, de 9 de julio.

– Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

- RDL 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

– Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

- Ley 3/2012 de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral