

I

LAS POLÍTICAS DE EMPLEO. NUEVAS PERSPECTIVAS

M.^a de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO

Universidad de León

SUMARIO

I. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO. NUEVAS PERSPECTIVAS.

1. Últimas orientaciones de la política de empleo.
2. Objetivos de la política de empleo en la nueva Ley de Empleo.
3. Promoción de la contratación estable y por tiempo indefinido.
4. Consolidación y perspectivas de futuro de la contratación temporal.
5. La lucha contra el desempleo y la exclusión social. Sustitución de medidas pasivas por políticas activas de empleo.

I. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO. NUEVAS PERSPECTIVAS

1. ÚLTIMAS ORIENTACIONES DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

En una primera aproximación a la política de empleo, cabría mantener que se identifica con el conjunto de medidas de los poderes públicos que tienen por objeto procurar empleo para toda la población activa y proteger económicamente a quienes no pueden acceder al mismo. Se trata de crear las condiciones que hagan factible la oportunidad de empleo y el apoyo público a cuantos perviven en situaciones de desventaja en este sentido ⁽¹⁾.

(1) Citando a SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J. (1999): «Trabajo y realidades históricas: el contexto de los conflictos sociales», *Documentación Social*, núm. 116. CANO, Y.; CHARRO, P.; SAN MARTÍN, C. y SEMPERE, A.V. (2001): *Políticas Sociolaborales*, Pamplona, p. 53.

La política de empleo, como línea de actuación para afrontar los niveles de desempleo, se estandariza alrededor de dos parámetros fundamentales: primero, la celebración de «cumbres» para tratar sobre la misma [por ejemplo, las cumbres de Luxemburgo (20 y 21 de noviembre de 1997), Colonia (3 y 4 de junio de 1999), Lisboa (23 y 24 de marzo de 2000) o de Niza (7 a 11 de diciembre de 2000, dando lugar a la firma del Tratado de su mismo nombre, el 26 de febrero de 2001, y en trámite de aprobación por los Estados miembros) ⁽²⁾] y, segundo, el establecimiento de prioridades: espíritu empresarial (facilitando la creación y gestión de empresas), capacidad de empleo (inserción profesional), adaptabilidad e igualdad de oportunidades ⁽³⁾.

En este contexto, la estrategia europea de empleo podría resumirse en las siguientes propuestas ⁽⁴⁾: aumentar el potencial de creación de nuevos y mejores empleos; considerar la educación y la formación como factores estratégicos; fomentar el desarrollo de la sociedad de la información; facilitar el espíritu de empresa, simplificando trámites, reduciendo cargas y favoreciendo el acceso a la actividad empresarial; modernizar los servicios públicos de empleo; favorecer la protección social e integración social; promocionar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; facilitar la participación de los agentes económicos y sociales; mejorar los indicadores de evaluación e impacto de las políticas de empleo.

Bajo estas consideraciones no puede sorprender que la actual política de empleo ya no se detenga en la organización del mercado de trabajo asalariado, sino que, dando un paso más, pretenda contribuir a la creación de empleo (o lo que es lo mismo, a la reducción del desempleo) mediante la exploración de todas las vías posibles ⁽⁵⁾, entre ellas, y de manera destacada, el autoempleo de las personas desempleadas ⁽⁶⁾.

(2) Por Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre (BOE de 7 de noviembre de 2001), España ratifica el Tratado de Niza.

(3) Ampliamente al respecto CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R. (2001): «Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico», *TL*, núm. 61, pp. 87 y ss.

(4) CES (2001): *La estrategia europea de empleo*, Madrid, pp. 58-66.

(5) En el AINC los objetivos eran claros: fomentar (a través de la negociación colectiva o convenios colectivos, sin adjetivos) la contratación indefinida en todos los ámbitos, pero sobre todo a nivel estatal, procurando un uso racional de las distintas modalidades de contratación y potenciando los contratos formativos y en prácticas. Nuevamente se trata de meras orientaciones de política de contratación y sobre la conversión de contratos temporales en indefinidos. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Reforma de la estructura contractual y autonomía colectiva», *RL*, núms. 4 y 5, 1999, pp. 1 y ss., en ambos números. Su traducción a la realidad económica en GIL SUÁREZ, L.: «El contenido de la negociación colectiva en materia de contratación: el papel del convenio colectivo en la regulación de las figuras contractuales», en AA. VV. (1999): *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas sobre la negociación colectiva*, Madrid, pp. 21 y ss.

(6) LUJÁN ALCARAZ, J. (2000): «Los incentivos al autoempleo», *AS*, núm. 8, pp. 9 y ss.; y DE SOTO RIOJA, S. (2003): «Medidas de fomento del empleo y de la ocupación en la reforma de 2002», *RL*, núm. 4, pp. 192 y ss.

Y es que, como la propia OIT ha subrayado en el *Informe sobre creación de empleo mediante el fomento de las empresas y las cooperativas* (7): «al irse convirtiendo el empleo en una cuestión prioritaria en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo, ha ido aumentando con rapidez el interés por las políticas y los programas que favorecen el desarrollo de las empresas, incluido el autoempleo». Problema distinto es que, de este modo, se pueda estar contribuyendo al que se ha denominado «proceso de depauperización creciente del papel desempeñado por el Derecho del Trabajo en la instauración de una disciplina jurídica del empleo» (8).

La cuestión adquiere una particular actualidad y trascendencia con la aprobación del «Plan de Acción para el Empleo del Reino de España» (9), presentado ante la Comisión el 15 de abril de 1998, pues a tenor de la directriz número 3 de este programa de actuaciones, la revisión, adaptación y sustitución de los sistemas de prestaciones sociales en la dirección de incentivar o fomentar la búsqueda de empleo por los desempleados aparece como uno de los objetivos fundamentales de la política social del futuro más próximo (10).

De igual modo, el Plan sitúa entre sus finalidades básicas la prevención del desempleo de larga duración, arbitrando (directrices 1 y 2) a tal efecto diversas medidas centradas en la mejora de la gestión de las políticas activas de empleo y en el estudio y evaluación, en función de las características de cada demandante, de las necesidades requeridas por estos colectivos a la hora de facilitar su inserción en el mercado de trabajo (11). Analizando el Tratado de Ámsterdam cabe constatar también cómo su articulado recoge la que fuera una de las grandes preocupaciones de la

(7) Presentado en su 273.^a reunión, noviembre 1998.

(8) LANDA ZAPIRAIN, J.P. (1999): «Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del empleo», *REDT*, núm. 98, p. 837.

(9) Por todos, MARTÍN VALVERDE, A. (1999): «Política Social y política de empleo en el Tratado de Ámsterdam (con un apéndice sobre el Plan de Empleo del Reino de España para 1998)», *RFDUCM*, núm. 24, pp. 349 y ss.

(10) Las disposiciones del Tratado de Ámsterdam anuncian la creación de un denominado «Comité de Empleo», con funciones básicamente consultivas o de pura supervisión de las políticas de empleo de los Estados y de la Propia Comunidad (artículo 130), así como la atribución al Consejo, nada menos que por el procedimiento de codecisión, de unas «etéreas» competencias dirigidas a adoptar medidas de fomento capaces de alentar la cooperación entre los Estados miembros en materia de empleo. GALIANA MORENO, J.M.³ (1998): «Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam», *REDT*, núm. 88, p. 195.

(11) El importantísimo volumen de desempleados de larga duración, tanto en España como en el resto de la Unión Europea, justifican el interés suscitado en los últimos tiempos en la búsqueda de soluciones para los integrantes de este colectivo. No debe extrañar, por tanto, que entre las conclusiones del Consejo Europeo Extraordinario sobre el empleo, celebrado en Luxemburgo en noviembre de 1998 (para una valoración de conjunto, GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (1998): «Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo», *RL*, núm. 7, pp. 66-93), la Comisión Europea haya aprobado una relativa a la mejora de la «empleabilidad» (entendiendo por tal la capacidad individual para mantenerse en estado de encontrar otro empleo distinto al suyo en el mismo o distinto oficio del ejercido actualmente, en definición de PELOSSE, J.; SAURET, C. y THIERRY, D. (1996): «Empleabilidad», *Bol. AEDIPE*, septiembre, p. 10), la cual sitúa al desempleo de larga duración, precisamente como uno de los objetivos prioritarios. Queda establecido así el compromiso

Cumbre monográfica, pues por todas partes aparecen menciones al pleno empleo, a la promoción de «un alto nivel de empleo», etcétera ⁽¹²⁾.

Frente a la dinámica tendente a la consecución del objetivo reseñado ⁽¹³⁾ a través de políticas expansivas de dinamización de la economía y creación de puestos de trabajo, en la actualidad las políticas de empleo (ya no pleno, que pasa a ser valorado como un ideal próximo a la utopía) deben ser reorientadas hacia el calificativo (indefinido en su sentido) de «activas», con especial atención a las peculiaridades territoriales ⁽¹⁴⁾ de instrumentación de sistemas de reparto de este bien escaso disponible ⁽¹⁵⁾, evitando, al tiempo, la depreciación en las condiciones de los trabajadores ⁽¹⁶⁾.

Tradicionalmente el legislador ha establecido un conjunto heterogéneo de medidas complementarias que vinculan la protección del desempleo con las políticas activas de empleo (formación profesional ⁽¹⁷⁾, reciclaje, subvenciones al empleo ⁽¹⁸⁾

por parte de los Estados miembros de elaborar «planes preventivos centrados en la capacidad e inserción profesional, basándose en la determinación precoz de las necesidades individuales» (conclusión 49), los cuales tratan de «ofrecer la posibilidad de un nuevo comienzo a los desempleados adultos antes de que hayan pasado doce meses en paro por alguno de los medios mencionados o, en términos más generales, mediante un seguimiento individual de orientación profesional» (conclusiones 51 y 52).

(12) A observar ya en la misma Exposición de Motivos del Tratado de la Unión, repetido posteriormente en numerosos preceptos de su articulado. Un análisis pormenorizado en RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.C. (1998): «Los aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam», en AA. VV.: *Euro y empleo*, Madrid, pp. 84 y ss. y GOMIS, P.L. (1999): *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*, Madrid, pp. 93 y ss.

(13) SINGH, A.: «Requisitos institucionales para el pleno empleo en las economías adelantadas»; FREEMAN, C.; SOETE, L. y EFENDIOGLU, U. (1995): «El auge de la tecnología de la comunicación y sus efectos en el empleo» o APPELBAUM, E. y SCHETTKAT, R. (1995): «El empleo y la productividad en las economías industriales», en *RTT*, núms. 4-5, vol. 114, pp. 529 y ss., 657 y ss. y 677 y ss., respectivamente.

(14) COMISIÓN EUROPEA (1997): *First report on local development and employment initiatives. Lessons for territorial and local employment pacts y Territorial employment pacts-examples of good practice*, Luxemburgo o GARILLI, A. (1997): *Il lavoro nei sud*, Turín, pp. 75 y ss.

(15) Ya clásico el estudio de ALONSO OLEA, M. (1983): «El trabajo como bien escaso» en AA. VV. (Durán López, F., coord.): *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, pp. 9 y ss. y ALONSO OLEA, M. (1995): *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Madrid.

(16) MONEREO PÉREZ, J.L. (1996): *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, pp. 123 y ss.

(17) MUÑOZ, V. (1996): «Políticas de formación: la necesaria referencia europea», *Economistas*, núm. 70, pp. 80 y ss.; o MIRÓN HERNÁNDEZ, M.^a M. (2000): *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Madrid, pp. 84-88.

(18) Las peculiaridades propias de los colectivos especialmente afectados por el desempleo de larga duración (jóvenes, trabajadores de edad madura, mujeres, etcétera) hacen planear sobre estos grupos de riesgo la negra sombra de una exclusión social que está cambiando en los últimos tiempos su «rostro» tradicional. ROJO TORRECILLA, E. (1998): «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *RL*, núm. 8, p. 14. Para el año 2004 se ha aprobado un programa específico, contenido en el artículo 44 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (LFayOS).

y la formación, incremento de la oferta de empleo público y políticas de reparto del empleo⁽¹⁹⁾, aun cuando tales políticas lo sean de empleo «precario» y conducentes a una provisión inadecuada durante los períodos de inactividad.

Si, como parece generalmente aceptado, conviene incentivar la utilización de las nuevas formas de empleo, porque su utilización medida puede contribuir de manera importante a sacar inicialmente de la «exclusión social» a ciertos sectores de desempleados instalados en la cultura del subsidio (bien contratándolos directamente, bien a través de medidas de reparto basadas en modalidades de contratación atípicas; es decir, mediante la introducción de fórmulas de contratación más flexibles⁽²⁰⁾ o a tiempo parcial⁽²¹⁾) procederá convenir igualmente cómo para ello es necesario también que los regímenes de Seguridad Social se adapten a estas peculiaridades⁽²²⁾, aun cuando tales medidas sean más gravosas para la caja financiera del sistema, pues para hacer atractivas estas fórmulas de empleo deberán garantizarse prestaciones «suficientes» a fin de hacer de su utilización una solución apetecible para los inactivos o para quienes viven de los subsidios.

Cada vez que un empresario retira a un perceptor de prestaciones por desempleo de las listas del paro, el Estado se está ahorrando el importe de su prestación y de las

(19) Sobre la nueva redacción del apartado 12.6 del ET, relativo al contrato de relevo, tras la Ley 12/2001, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^ª E. (2001): «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo “para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”», *RL*, núm. 17, pp. 4 y ss.

(20) Con cierta aproximación al problema del paro puede ser situado el trabajo a tiempo parcial, pues hay en él dos posibles aplicaciones, a saber: por un lado, es una modalidad laboral flexible, que permite coordinar el trabajo profesional con el estudio, o con el desempeño de responsabilidades familiares, o con situaciones de pluriempleo asalariado y/o autónomo, (...); pero, por otro lado, puede ser —sin más— un paro encubierto, pues el trabajador a tiempo parcial buscaba —y necesitaba— un trabajo a tiempo completo. La realidad española es, en buena medida, la segunda. Así lo pone de manifiesto la presencia masiva de mujeres trabajando a tiempo parcial, que aún perdura en el esquema tradicional de distribución de roles entre familia y trabajo. BORRAJO DACRUZ, E. (1999): «El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto», *AL*, núm. 1, p. 18. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1999): *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, pp. 87 y ss.

(21) Para su examen en detalle, LÓPEZ GANDÍA, J. (1997), (1998): «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: valor de las cotizaciones y retroactividad de las normas (Comentario a las sentencias del TS, en unificación de doctrina, de 7, 13 y 14 de febrero de 1997)», *RL*, núm. 21, pp. 48 y ss. y «Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo» en el monográfico de *RL*, núms. 15-16, pp. 127 y ss.; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. (1998): «Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social» y FERNÁNDEZ URRUTIA, A. (1998): «Trabajadores fijos-discontinuos y prestaciones de incapacidad temporal y maternidad: peculiaridades relativas al requisito de alta, determinación de la base reguladora y abono de las prestaciones», *TS*, núm. 85, pp. 101-103 y 113 y ss., respectivamente; CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F. (1999): *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, pp. 123 y 157-162; DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R. (1999): «La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial», *RL*, núm. 19, pp. 10 y ss.; AA. VV. (Casas Baamonde, M.^ª E. y Valdés Dal-Ré, F., coords.), (2000): *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Valladolid, o ALARCÓN CARACUEL, M.R. (2001): «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», *RDS*, núm. 15, pp. 53 y ss.

(22) VENTURA PRAT, J.M.^ª (1999): *Derecho de la Seguridad Social Contributiva*, Barcelona, p. 382.

cotizaciones a ella vinculadas, como «prestación» accesoria (aportación empresarial y el 35% de la cuota correspondiente al trabajador); además de lo cual, aun en el supuesto de cotización empresarial reducida, genera un flujo externo de ingresos a la Tesorería, antes inexistente, a unir a las partidas presupuestarias transferidas desde el INEM ⁽²³⁾.

2. OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

A tenor del artículo 1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE) la política de empleo es «el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo» ⁽²⁴⁾.

Dicha definición legal asume la tradicional caracterización de las políticas de empleo como conjunto de iniciativas de apoyo al empleo y de intervención en el mercado de trabajo con la finalidad de satisfacer «determinados objetivos cuantitativos y cualitativos sobre ocupación de los ciudadanos» ⁽²⁵⁾.

Sin embargo, pese a ese mimetismo, lo cierto es que las diferencias entre la LE y su predecesora quedan patentes al comparar los objetivos de las políticas de empleo fijados en una y otra norma. Para la extinta Ley Básica de Empleo tales objetivos se cifraban básicamente en el aumento del nivel de empleo y en la eficacia de la protección de las situaciones de desempleo. La actual Ley es mucho más ambiciosa, pues conforme a su artículo 2, la política de empleo tiene como objetivos generales: a) la garantía de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo; b) el mantenimiento de un sistema eficaz de protección por desempleo comprensivo no sólo de las prestaciones por desempleo sino, en coordinación con éstas, de las políticas activas de empleo; c) la definición y el desarrollo de medidas preventivas frente al desempleo mediante acciones integradas de políticas activas que mejoren la ocupabilidad y a través de acciones formativas que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su calificación profesional, empleabilidad y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo; d) la atención particular de aquellos colectivos que presenten mayores difi-

(23) GALIANA MORENO, J.M.^a y CAVAS MARTÍNEZ, F. (1997): «Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo (A propósito de los Reales Decretos-Leyes 8/1997 y 9/1997, de 16 de mayo)», *AS*, núm. 9, p. 56.

(24) Un primer estudio de la misma en CAVAS MARTÍNEZ, F. (2004): «El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo», *AS*, núm. 19, 2003, pp. 9 y ss. y LUJÁN ALCARAZ, J. (2004): «La Ley (básica) de Empleo de 2003», *AS*, núm. 20, pp. 9 y ss.

(25) Al respecto, MARTÍN VALVERDE, A. (1983): «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *DL*, núm. 9, p. 63.

cultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años; el mantenimiento de la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales; f) el aseguramiento de la libre circulación de los trabajadores, especialmente facilitando la movilidad geográfica estatal o europea de quienes deseen trasladarse por razones de empleo; y g) la coordinación de la política de empleo en sentido estricto con los fenómenos migratorios internos y externos.

3. PROMOCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTABLE Y POR TIEMPO INDEFINIDO

Tanto la legislación como la doctrina judicial y científica han mostrado su preferencia hacia la contratación indefinida⁽²⁶⁾, buscando, sobre todo, la estabilidad en el empleo⁽²⁷⁾, si bien tal principio ha quedado denostado⁽²⁸⁾ en épocas recientes, retrocediendo⁽²⁹⁾ tanto con la clara finalidad legal de servir como aliciente a la creación de empleo —o, en su envés, reducción del paro⁽³⁰⁾—, como con la admisión judicial «de un alto grado de flexibilidad, que está llegando a forzar, incluso, el obligado respeto a la causalidad contractual, lo cual termina por consolidar la prima-

(26) Un estudio sobre la evolución histórica de esta preferencia en el ordenamiento español, por todos, en MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Duración del contrato de trabajo», en AA. VV. (Borrajo Dacruz, E., dir.) (1983): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Madrid, pp. 98 y ss.

(27) La clásica diversidad de intereses de empresarios y trabajadores queda también de manifiesto con relación a la estabilidad en el empleo: el trabajador está interesado en la estabilidad en el empleo, como modo de asegurar su sustento y el de su familia; por contra, el interés del empresario radica en gestionar libremente el factor trabajo, prescindiendo de cuantos trabajadores no precise como forma de maximizar sus beneficios. VICENTE PALACIO, M.^ª A. (1996): *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Valencia, p. 31. Por ello habrá de aceptarse una posición intermedia que combine prudentemente el derecho de los trabajadores a una razonable seguridad en cuanto a la duración de su empleo y el derecho de los empresarios a organizar también racionalmente el proceso productivo adaptando las plantillas a las necesidades reales de cada momento». MONTOYA MELGAR, A. (1999): «Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida», *DL*, núm. 58, p. 16.

(28) PEDRAJAS MORENO, A. (1997): «El contrato para el fomento de la contratación indefinida», en AA. VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, p. 125.

(29) La crisis económica ha hecho cuestionarse la defensa indiscriminada del principio de estabilidad en el empleo y la concepción restrictiva y subordinada de la contratación temporal. RUIZ CASTILLO, M.^ª M. (1983): «La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial», *RPS*, núm. 138, p. 25.

(30) «Cuando el empleo disminuye a niveles que se estiman críticos, empleadores, sindicatos y gobiernos buscan con empeño en todos los campos aquellos elementos que puedan estimular a empleadores y trabajadores a concertar contratos de trabajo, de cualquier naturaleza y especie, pero siempre con el objetivo de dar ocupación al mayor número posible de personas, pues se ha llegado a decir que el empleo precario es preferible al desempleo total», IGLESIAS CABERO, M. y MARÍN CORREA, J.M.^ª (1999): *Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*, Madrid, p. 9.

cía de los principios vinculados a la temporalidad sobre aquellos que se asientan en la estabilidad» (31).

Y es que, en la actualidad, la flexibilidad se ha despojado de su carácter instrumental para convertirse en un fin en sí mismo, de modo que de «una flexibilidad del sistema se ha transitado a un sistema flexible» (32). La importancia del factor e intereses en presencia explican el tránsito desde la estabilidad como principio, bajo la fórmula de presunción *iuris tantum* de un contrato a tiempo indefinido y a jornada completa, a otro en el cual queda reafirmado el denominado «sistema coyuntural de contratación temporal» (33).

La reforma del mercado laboral de 1994 eliminó la presunción de indefinición durante catorce años vigente, pero procedió a derogar de manera expresa tanto el artículo 15.2 del ET como la norma reglamentaria de 1984, en claro signo de disfavor respecto a un contrato no causal, aun cuando mantuvo la vigencia del artículo 17.3.2.^o del ET, previendo la contratación temporal como medida de fomento del empleo con una dimensión temporal anual, al remitir su fijación a las leyes presupuestarias (34). La Ley 10/1994, de 19 de mayo (LMUFO), tenía por destinatarios a los perceptores de prestaciones de desempleo y a pequeños empresarios. El legislador actuaba así bajo la firme convicción de que son las pequeñas y medianas empresas las que en los últimos años han creado mayor número de empleos, y las que en un futuro continuarán actuando como verdadero factor dinámico principal —y prácticamente único dada la tendencia a la descentralización productiva (35)— en el desarrollo de puestos de trabajo.

Con todo, procede reconocer cómo muchas veces el papel impulsor del empleo atribuido a las pequeñas y medianas empresas encuentra fundamento, en realidad, en la confusión entre creación de empleo y desarrollo de actividades terciarias, sector productivo en el cual la participación de estas unidades productivas es más elevada

(31) MERCADER UGUINA, J.R. (1999): *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, p. 153.

(32) VALDÉS DAL-RÉ, F. (2000): «Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual», *RL*, núm. 17, p. 10.

(33) BARREIRO GONZÁLEZ; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993): *Contratos laborales temporales. Guía legal, jurisprudencial y práctica*, Madrid, p. 266. La contratación temporal como medida de fomento de empleo potenció la «flexibilidad de entrada» y permitió la normalización de la contratación temporal, mediante la cual se trató de resolver, «con una burda reforma de choque», la necesidad de adaptación de las empresas a unas plantillas capaces que respondieran a sus necesidades productivas, fomentando al tiempo la creación de empleo. RIVERO LAMAS, J.: «Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo», en AA. VV. (Rivero Lamas, J., coord.) (1993): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, p. 18.

(34) CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1995): «El acceso al empleo y las modalidades de contratación laboral», en AA. VV. (Martínez Abascal, V.A., coord.): *La nueva regulación de las relaciones laborales. Primeras Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, Barcelona, p. 23.

(35) Por extenso, MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. (2002): «La nueva definición del “empresario” a resultas de la cada vez más frecuente descentralización productiva», *RTSS (CEF)*, núm. 226, pp. 49 y ss.

que en el secundario; de este modo, considerar a las pequeñas y medianas empresas como factor dinámico fundamental en la generación de nuevos puestos no sería sino «consecuencia de dos fenómenos relacionados entre sí: la tendencia al desarrollo de actividades terciarias y el hecho de que las empresas de este sector tienen un tamaño inferior a las del sector de la industria»⁽³⁶⁾.

Desde otro punto de vista, algunas medidas contra el paro han acabado provocando un efecto negativo, contrario al pretendido al existir contrataciones fraudulentas y percepciones indebidas de subsidios⁽³⁷⁾. Queriendo fomentar el empleo a través de la contratación temporal, la legislación ha castigado el empleo estable, o ha actuado al menos como mecanismo destructor de tal empleo⁽³⁸⁾; de igual modo, la proliferación de contratos temporales ha provocado su peligrosa precarización⁽³⁹⁾.

La reforma laboral de 1997 asumió así, como retos fundamentales, no sólo la creación de empleo, sino su mejora y la reducción de la temporalidad⁽⁴⁰⁾, es decir, una respuesta conjunta al paro, a la precariedad laboral en el empleo y a la alta rotación de los contratos —y sus efectos: descualificación, desmotivación, inestabilidad laboral y personal, siniestralidad laboral, disminución del consumo...⁽⁴¹⁾—, potenciando, al tiempo, la capacidad para generar empleo estable, sustituyendo así —en la medida de lo posible— trabajo precario por trabajo estable y los contratos temporales por contratos por tiempo indefinido (Exposición de Motivos de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre), fomentando fórmulas de contratación indefinida (que se complementan con la supresión de las medidas favorecedoras del empleo tempo-

(36) FITA ORTEGA, F. (1997): *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, p. 122. Es preciso reconocer, además, cómo muchas veces esta creación de nuevos puestos de trabajo es la contrapartida a su destrucción en las grandes empresas, que encuentra, sólo en parte, acomodo en estas nuevas unidades productivas y, en el resto, llama directamente a diversas fórmulas de trabajo oculto; si así fuera, tales programas, lejos de fomentar la creación de empleo, contribuirían a hacerlo aflorar desde la economía sumergida. CASTILLO, J.J.: «Descentralización productiva, trabajo y pequeña empresa (estudio de un caso)», *RL*, núm. 8, 1985, p. 129.

(37) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (1998): *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*. Premio «Rafael Martínez Emperador» 1997, Madrid, pp. 282-283.

(38) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1997): «La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo», *RL*, tomo I, p. 75.

(39) La arraigada costumbre de la temporalidad ha creado unos hábitos y costumbres en los empresarios, pero también en los trabajadores, quienes ven como normal y frecuente la rotación, el encadenamiento de contratos bajo diversas formas contractuales y el aumento del número de trabajadores con contratos temporales. LÓPEZ GANDÍA, J. (1997): «Los contratos de obra o servicio y eventualidad, y la negociación colectiva», *AL*, núm. 12, p. 327.

(40) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El contrato de fomento de la contratación indefinida», *AL*, núm. 31, 1997, p. 791.

(41) PASCUAL ALLEN, M.^ª C. (1997): «Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal», en AA. VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, p. 98.

ral, salvo las previstas en favor de los trabajadores minusválidos)⁽⁴²⁾, que se remozan en la reforma laboral de 2001⁽⁴³⁾, claramente continuista respecto a la de 1997 en este aspecto, ya que su objetivo no consiste en otra cosa que intentar aumentar el empleo estable o reducir la persistente altísima tasa de temporalidad en la contratación laboral⁽⁴⁴⁾.

La nueva redacción dada al artículo 17.3 del ET por el Real Decreto-Ley 8/1997 dejó bien a las claras la intención del nuevo enfoque legal, al desaparecer cualquier mención a la contratación temporal como medida de fomento del empleo⁽⁴⁵⁾ e introducir un párrafo final a tenor del cual las medidas a adoptar por el Gobierno estarán orientadas, prioritariamente, a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido, intentando «satisfacer tanto la exigencia empresarial de vías más flexibles en la gestión de su personal, como la exigencia sindical de reducir el proceso de precarización salvaje de los contratos de trabajo, confiando que ello dé como resultado la creación y el mantenimiento de empleos también estables»⁽⁴⁶⁾.

De este modo, la finalidad primordial asumida desde entonces por el Gobierno consiste no sólo en frenar los graves efectos producidos tanto por las altas tasas de paro como por la precariedad en el empleo sobre el crecimiento económico; sino también en «conseguir que el actual momento de recuperación económica tenga un reflejo social inmediato en la creación de empleo; pero no de cualquiera, sino [del] estable y de mayor calidad, que reduzca la elevada tasa de paro, la excesiva temporalidad y la intensa rotación de los contratos, haciendo compatibles los objetivos de flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales y de seguridad o permanencia en el puesto de trabajo»⁽⁴⁷⁾.

Para lograr tal resultado, el medio utilizado vuelve a ser la fijación de «un marco adecuado de relaciones laborales que posibilite una mayor flexibilidad al tiempo que una mayor permanencia en el empleo, siendo sus objetivos inmediatos la inserción

(42) PEDRAJAS MORENO, A. (1997): «Novedades en la contratación laboral tras el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo», *RL*, núm. 13, p. 28.

(43) Por extenso, LUJÁN ALCARAZ, J. (2001): «El contrato para el fomento de la contratación indefinida», en AA. VV.: *La reforma laboral de 2001*, Pamplona, pp. 133 y ss.; y PRADOS DE REYES, F.J. (2001): «Nueva ordenación del contrato para el fomento de la contratación indefinida (de la política de empleo a la regulación estable)», *TL*, núm. 61, pp. 49 y ss.

(44) ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», cit., p. 36.

(45) Algún autor ha advertido sobre los efectos negativos de tal omisión, pues con dicha supresión el Gobierno queda libre para establecer contratos de fomento de empleo con la duración que estime más conveniente y, además, tampoco está obligado a imponer una cierta compensación como indemnización para el caso de su extinción. BORRAJO DACRUZ, E.: «Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas», cit., p. 645.

(46) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo», cit., p. 73.

(47) GALIANA MORENO, J.M. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo (A propósito de los Reales Decretos-leyes 8/1997 y 9/1997, de 16 de mayo)», cit., p. 242.

laboral de los jóvenes y su formación en y para el trabajo, la promoción de contratos indefinidos y el control de la contratación temporal, la clarificación y abaratamiento del despido objetivo económico y el protagonismo de la negociación colectiva interconfederal y sectorial estatal»⁽⁴⁸⁾.

Para fomentar el empleo «de calidad»⁽⁴⁹⁾ querido (recuperando elementos cualitativos que llevaban a considerar, con argumentos firmes, cómo «las formas de trabajo precario atentan directamente contra la profesionalidad y la estabilidad») ⁽⁵⁰⁾ el ejecutivo ha optado por incluir una doble solución: potenciar la contratación indefinida, especialmente mediante la introducción del nuevo contrato para el fomento de la contratación indefinida ⁽⁵¹⁾ (que ha adquirido carta de naturaleza y ha visto ampliado su campo de juego, por diversas vías ⁽⁵²⁾, tras la Ley 12/2001, de 9 de julio); y, al tiempo, delimitar los supuestos en los cuales será posible acudir a la contratación temporal, en particular los contratos de obra o servicio y eventual por circunstancias de la producción, sin llevar a cabo una regulación *ex novo* de las modalidades contractuales afectadas, sino únicamente la mejora o perfeccionamiento de ciertos aspectos en su régimen jurídico, manteniendo en lo demás inalterada la situación normativa preexistente.

(48) CASAS BAAMONDE, M.^ª E. (1997): «Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre Estructura de la Negociación Colectiva», *RL*, núm. 10, p. 90. En efecto, el AIEE deja clara su intención de otorgar mayor protagonismo en la contratación a la negociación colectiva, especialmente en cuanto hace a los contratos formativos y temporales causales, siguiendo la línea de mantener las atribuciones a las partes sociales en la regulación de las condiciones de empleo y consintiendo, incluso —como en la anterior—, la posibilidad de que en ciertos aspectos normativos la negociación colectiva quede habilitada para alterar las propias previsiones legales.

(49) Entendiendo por tal «el que se acomode al ropaje profesional del demandante y que pueda desarrollarse en condiciones socialmente aceptables, lo cual quiere decir, sobre todo, que se desenvuelva con un cierto grado de estabilidad y con unos ingresos suficientes». GARCÍA MURCIA, J. (2003): «Desempleo», Ponencia General del XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(50) RIVERO LAMAS, J. (1997): «El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: Una perspectiva comparada», *TL*, núm. 44, p. 17.

(51) MARTÍN VALVERDE, A. (2000): «El contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida: un primer balance», en AA. VV. (Martínez Abascal, A.J., coord.): *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, Granada, pp. 9 y ss.

(52) En primer lugar extendiendo los colectivos contratables: jóvenes entre 16 y 30 años (antes, entre 18 y 29), mujeres en sectores productivos donde están subrepresentadas, parados con seis meses (antes un año) como demandantes de empleo, minusválidos y mayores de 45 años. Esto es, prácticamente todos los desempleados pueden ser contratados bajo esta modalidad; y quienes en principio no podrían (trabajadores entre 31 y 44 años, que sean hombres o mujeres en sectores sin subrepresentación femenina, y que no lleven seis meses parados) también podrán acceder a este tipo de contrato a partir de un contrato temporal que luego se convierta en indefinido. La segunda vía de ampliación es la posibilidad de convertir un contrato temporal (incluidos los formativos) en uno indefinido con despido más barato hasta el 31 de diciembre de 2003, es decir, se otorgan dos años y medio de plazo para efectuar esa operación, mientras que en 1997 el plazo fue solamente de un año. En tercer lugar, se restringe la prohibición de acogerse a esta modalidad contractual a las empresas que hubieran practicado ciertos despidos en los seis meses anteriores a la contratación: en otras palabras, se reduce a la mitad el plazo de un año que se fijó en 1997. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», cit., pp. 41-42.

En el seno de la política de empleo, los estímulos a la concertación de contratos de trabajo cuentan con una larguísima trayectoria legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, siendo el prototipo el contrato a tiempo completo y además de duración indefinida⁽⁵³⁾. Con ello, parece que la implícita finalidad legislativa era la de evitar la doble precariedad que afectara, de manera simultánea, a la duración de los contratos y a la intensidad temporal de la prestación laboral. Ahora bien, en esta materia se ha conocido un importante cambio de rumbo que ha afectado a la segunda de tales variables a partir de los últimos cambios legislativos que han abogado también por estimular la realización de contratos a tiempo parcial⁽⁵⁴⁾. El resultado es que la pauta dominante —que no la única— parece haberse desplazado hacia los incentivos en favor de la contratación laboral de carácter estable⁽⁵⁵⁾, tanto si ella se concierta a tiempo completo como a tiempo parcial⁽⁵⁶⁾.

(53) CAMPS RUIZ, L.M. (1997): «Los incentivos en materia de Seguridad Social para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo» en ALBIOL MONTESINOS, I., *et al.*: *La reforma laboral de 1997*, Valencia, pp. 77 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Los incentivos para el fomento de la contratación indefinida», en AA. VV. (Valdés Dal-Ré, F., dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, cit., pp. 149 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «Los instrumentos de fomento de la contratación indefinida» en AA. VV. (Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde, coords.) (1998): *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Madrid, pp. 168 y ss.; APARICIO TOVAR, J. (1997): «Incentivos en materia de Seguridad Social a la contratación indefinida», *Gaceta Sindical*, núm. 158, pp. 41 y ss. Un estudio de la situación actual en su conjunto, incluidas las novedades aportadas por la Ley 50/1998 y por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable» o PURCALLA BONILLA, M.A.: «Incentivos a la contratación indefinida ordinaria y para fomento del empleo», ambos en AA. VV. (Martínez Abascal, V.A., coord.): *Presente y futuro de la contratación laboral...*, cit., pp. 7 y ss. y 145 y ss., respectivamente.

(54) Opción que ya había sido anticipada por las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas que admitían —y admiten— ayudas a la contratación indefinida a tiempo completo que se prorratean en función de la duración de la jornada. Por poner algún ejemplo, y entre otras, las de Andalucía, Asturias, Castilla y León, Madrid y Murcia.

(55) Además, ya hace algunos años que se está diferenciando la cotización por desempleo entre los contratos fijos y temporales, pero la diferencia es tan pequeña que no parece que haya desincentivado mucho el uso de la contratación temporal. Otra medida tendente a la misma finalidad, e introducida por la disposición adicional sexta de la Ley 12/2001, es aquella en virtud de la cual los contratos temporales cuya duración efectiva sea inferior a siete días —excepto los de interinidad— experimentarán un incremento del 36% en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, con lo cual se pretende dar respuesta a una práctica empresarial consistente en dar de baja al trabajador en la Seguridad Social el sábado y el domingo para volverlo a dar de alta el lunes, sobre la base de sucesivos contratos temporales de 5 días de duración (de lunes a viernes). Ahora bien, si lo pretendido es que el empresario tenga que pagar, de todos modos, lo que se pretendía ahorrar en cotizaciones, el porcentaje de aumento debería ser no el 36% sino el 40%, que es lo que corresponde a la relación de 2 días de ahorro sobre 5 días de pago. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», cit., pp. 45-46.

(56) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Los incentivos a la contratación estable a tiempo parcial: un significativo y polémico cambio de rumbo», en AA. VV. (Casas Baamonde, M.^a E. y Valdés Dal-Ré, F., coords.): *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, cit., p. 254.

Con todo, las ayudas que se conceden actualmente para estimular la contratación laboral, en cuanto al tipo de contratos o en cuanto a las personas contratadas, no agotan el catálogo de las que podrían imaginarse como adecuadas a los fines perseguidos, pues junto a los estímulos tradicionales [entregas de dinero en metálico (subvenciones), reducción de las cargas sociales (bonificaciones de cuotas) o de las cargas fiscales (desgravaciones tributarias) y fomento de actividades formativas (cursos o programas de formación profesional)] cabría pensar en sustituir la entrega o el ahorro de dinero por atribuciones cualitativas a los empleadores que utilicen ciertos contratos o contraten a ciertas personas, tales como la preferencia para contratar con las Administraciones Públicas, la concesión de ayudas técnicas para renovación empresarial, la obtención de título de ejemplaridad de efectos polivalentes, y tantos otros similares ⁽⁵⁷⁾.

4. CONSOLIDACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

La Directiva 99/70, del Consejo de la Unión Europea, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada ⁽⁵⁸⁾, ha otorgado dimensión europea a un fenómeno que a nivel interno hace ya dos décadas que está alterando los cimientos de los sistemas de relaciones laborales: la normalización de la contratación por tiempo determinado y la consolidación de la concate-nación contractual. Y ello con el objetivo de establecer garantías para asegurar la eliminación de discriminaciones entre trabajadores por tiempo determinado y por tiempo indefinido ⁽⁵⁹⁾.

El diagnóstico del mercado de trabajo español es muy pesimista en el seno de la Unión Europea, pues España ostenta los records lamentables de las mayores tasas de paro y precariedad y, a la vez, los de las menores tasas de población activa femenina y de natalidad ⁽⁶⁰⁾. Existe un convencimiento general de que la contratación temporal llamada estructural o causal resulta imprescindible para atender circunstancias y

(57) DE LA VILLA GIL, L.E. (1999): «*Do ut facias*. En torno a los estímulos a la contratación laboral», *RFDUCM*, núm. 23, p. 575.

(58) Un análisis de las finalidades de la misma en CASAS BAAMONDE, M.^ª E. (1999): «El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del derecho social comunitario», *RL*, núm. 22, pp. 5 y ss.

(59) La interdicción de la discriminación en atención a la duración del contrato tiene la virtualidad de beneficiar en mayor medida al colectivo femenino que al masculino, por cuanto las cifras de precariedad son superiores en aquel colectivo. Con todo, el objetivo antidiscriminatorio por razón de sexo en la Directiva 99/70 cede terreno al objetivo genérico de no discriminación por la duración del contrato enmarcado en políticas económicas de eliminación de la competencia desleal interestatal e interempresarial. BALLESTER PASTOR, M.^ª A.: «La jurisprudencia del TS...», cit., p. 78.

(60) El problema del empleo es básicamente un problema «de egoísmo humano», como casi todos los problemas que no obedecen simplemente a las leyes físicas. DE LA VILLA GIL, L.E. (1999): «*Do ut facias*. En torno a los estímulos a la contratación laboral», cit., p. 568.

necesidades temporales de mano de obra por parte de las empresas ⁽⁶¹⁾. La contratación temporal estructural se configura así como una institución jurídicamente tolerada (aunque no promovida), si bien fácticamente hiperutilizada.

Recientemente se ha operado, sin embargo, una importante alteración en los contenidos de las sentencias de los Tribunales en relación al fenómeno de la concatenación contractual que coincide temporalmente con el interés de las instituciones comunitarias y con el final de una evolución normativa en nuestro país en materia de control de la contratación temporal estructural y progresiva eliminación de los mecanismos no causales o coyunturales de contratación temporal ⁽⁶²⁾.

Pasando de lo abstracto a lo concreto, la contratación por tiempo indefinido dice la Ley, ha de ser la contratación que utilicen los empleadores salvo cuando concurren las causas admitidas para la celebración de contratos temporales. Sin embargo, los empleadores utilizan la contratación temporal tanto si concurren como si no esas causas especiales y sólo se sirven de la contratación indefinida en casos excepcionales, en muchas ocasiones para percibir los estímulos con los que la ley apoya esa contratación, de modo directo o indirecto.

De ahí que algún autor se haya planteado las consecuencias de dispositivizar el cauce contractual, de modo que la contratación del trabajo ajeno pasara al espacio de la autonomía de la voluntad y los empleadores pudieran contratar lícitamente por tiempo indefinido o temporalmente y, en este caso, sin ningún tipo de cortapisas, formalizando los contratos y sus prórrogas por días, semanas, meses o años ⁽⁶³⁾.

Pese a tales propuestas, lo cierto, sin embargo, es que una gran parte de los trabajos «poco prestigiosos» y/o «esforzados» los viene realizando progresivamente la mano de obra extranjera, migrantes legales e ilegales a los que no suele brindarse igualdad de trato en el empleo sino la alternativa de realizar lo que no quiere llevar a cabo la población autóctona, ni siquiera en situación de desempleo.

(61) Recientemente, CARDENAL CARRO, M.: «Cuestiones relativas a la contratación temporal estructural», en AA. VV.: *La reforma laboral de 2001*, cit., pp. 65 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M.^a (2001): *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia, pp. 30 y ss.; o MOLINA NAVARRETE, C. (2001): «El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio», *RTSS (CEF)*, núms. 221-222, pp. 103 y ss.

(62) BALLESTER PASTOR, M.^a A.: «La jurisprudencia del TS...», cit., p. 76.

(63) La duración del contrato de trabajo sería, pues, la ofrecida por el empleador y aceptada por el trabajador, cualquiera que fuese la unidad temporal establecida. En contrapartida de esa cesión al espacio autónomo, el espacio heterónimo se enriquecería con una regulación desconocida en la legislación actual, igualando las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo indefinido y del contrato de trabajo temporal bajo el modelo aceptado ahora para el primero. «La estabilidad en el empleo, y la reducción de la precariedad, nacerían, por tanto, de la indiferencia de utilizar una u otra forma de contratación laboral, pues un contrato indefinido de diez años de duración supondría el pago de la misma indemnización que cinco contratos temporales de dos años cada uno». DE LA VILLA GIL, L.E. (1999): «*Do ut facias*. En torno a los estímulos a la contratación laboral», cit., p. 573.

5. LA LUCHA CONTRA EL DESEMPLEO Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL. SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS PASIVAS POR POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

El gran problema de nuestro tiempo, la falta de trabajo para todos, es causa fundamental de exclusión social, sobre todo a partir de la pérdida de los subsidios de sustitución que se instrumentan desde los poderes públicos para paliar los graves efectos de este mal social. Más allá de los subsidios pasivos, las políticas activas de empleo ⁽⁶⁴⁾ empujan al individuo sin trabajo a realizar actividades socialmente útiles y como tales valorizables, como ejemplo de ciudadanía, que permitan a ese individuo salir de la marginalidad social a la que de otra forma estaría condenado ante la falta de trabajo existente ⁽⁶⁵⁾.

No hace falta retener el discurso conforme al cual el desempleo (el oficial, aquel que ignora en sus cifras el volumen de economía sumergida —otra cuestión digna de reflexión aparte—) y la exclusión social ⁽⁶⁶⁾ son, probablemente, los problemas fundamentales de la sociedad española, al menos en su repercusión social y económica (aun cuando algunos los consideren un «mal necesario» en la época actual).

Precisamente son dos los órdenes de consideraciones, al hilo de profundas transformaciones de la situación de crisis de empleo, sobre las cuales se asienta el cambio de rumbo en la dinámica de la política de empleo actual (teniendo en cuenta que la coordinación cada vez más estrecha entre la política de empleo y el Derecho del Trabajo ha significado sobre todo la instrumentalización del Derecho del Trabajo y muy en particular de la legislación laboral al servicio del empleo, entendida sobre todo como incremento del número de contrataciones al margen de su estabilidad y calidad) ⁽⁶⁷⁾.

Por una parte, la derivada de la «crisis» del sistema de protección social —sometido a las presiones de la política de reconversión y tecnificación creciente, aparte de a las consecuencias sociológicas de la crisis duradera y otros elementos demográficos— y los efectos negativos que ello podría tener sobre el sistema económico y social general; por otra, los efectos de la «mundialización» y «globalización» de la economía ⁽⁶⁸⁾, que generan una «sociedad del riesgo» caracterizada por la eliminación de «redes de seguridad» proporcionadas por las regulaciones y compromisos

(64) Ampliamente, sobre la formación profesional como medida de política de empleo y su proyección comunitaria, MIRÓN HERNÁNDEZ, M.^ª M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, cit., pp. 78 y ss.

(65) LANDA ZAPIRAIN, J.P. (2000): «Constitución y futuro del modelo español del Derecho del Trabajo del próximo siglo», *Lan Harremanak*, núm. 1, p. 160.

(66) Al respecto, vid. el informe del CES (2001): *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del Plan Nacional para la inclusión social*, Madrid.

(67) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Empleabilidad y acceso a la formación», *RL*, núm. 10, 2001, p. 1; y LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo...», cit., pp. 817 y ss.

(68) Al respecto, GONZALO GONZÁLEZ, B. (2000): «“Globalización” económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro», *RL*, núm. 2, pp. 11 y ss.

normalizados de estabilidad del factor trabajo y del entramado de servicios vinculados a los salarios diferidos y sociales del Estado de Bienestar.

La necesidad de reestructurar los sistemas de protección para hacer frente a nuevas necesidades sociales agudizadas en torno al desempleo ⁽⁶⁹⁾ y las situaciones de dependencia, provocadas por su extensión y duración prolongada, constituyen en la actualidad una auténtica «cuestión social» ⁽⁷⁰⁾. Desde este punto de vista, la institucionalización de las políticas de protección contra el desempleo confiere a las mismas una función no sólo social ⁽⁷¹⁾, sino también de regulación institucional de los cosificados «mercados» de trabajo ⁽⁷²⁾ en atención a las variables del ciclo económico ⁽⁷³⁾ y a la sucesión de las continuas crisis ⁽⁷⁴⁾.

En este sentido, la reforma laboral de 1997 (Ley 63/1997 y 64/1997, al establecer los beneficios de la contratación estable) es un serio aviso de que las cuotas de Seguridad Social son, en la práctica, un impuesto sobre el empleo. La lección es clara: la creación de empleo estable (fomentado desde la propia negociación colectiva) ⁽⁷⁵⁾ reside en la reducción de las cuotas. Tales premisas explican que la cuantía y

(69) El desempleo, en su dimensión actual, es «la enfermedad clásica de las sociedades altamente industrializadas». ROBINSON, J. (1959): «Ensayos sobre la teoría de la ocupación», en AA. VV.: *Ensayos de economía postkeynesiana*, Buenos Aires, p. 68. Tan es así, que justifica afirmaciones para las cuales ninguna economía puede funcionar bien sin algo de paro [LAYARD, R.; NICKELL, S. y JACKMAN, R. (1996): *La crisis del paro*, Madrid, p. 10], si bien precisamente cuando éste es masivo adquiere un carácter disfuncional. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, cit., p. 16.

(70) Por todos, ROSANVALLON, P. (1995): *La nouvelle question sociale*, París, sobre todo pp. 163 y ss.

(71) Por extenso, FINA, LL. (2001): *El reto del empleo*, Madrid o PURCALLA BONILLA, M.A. y CISCART BEA, N. (2001): «Derecho del empleo: delimitación y contenido», *TS*, núm. 131, pp. 9 y ss.

(72) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (1998): *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras»...*, cit., p. 879.

(73) El paro es hoy el problema fundamental de la economía española, por su repercusión social y «económica» (despilfarró de recursos humanos y costes crecientes en la cobertura pública de las situaciones de desempleo), CRUZ ROCHE, I. (1994): «La protección por desempleo», en AA. VV.: *V Informe sociológico sobre la situación social en España. Sociedad para todos en el año 2000*, Madrid, p. 1507.

(74) Atribuyendo el desempleo europeo a la disminución relativa de la demanda de trabajo poco cualificado, a la rigidez de los salarios y a que los sistemas de protección social son demasiado generosos. HEYLEN, F.; GOUBERT, L. y OMEY, E. (1996): «El desempleo en Europa: ¿un problema de demanda relativa o de demanda global de fuerza de trabajo?», *RIT*, núm. 1, vol. 115, pp. 17 y ss.

(75) A través de un doble tipo de cláusulas: las que pretenden fomentar la contratación fija mediante el dispositivo de establecer restricciones o incluso abiertas prohibiciones a la contratación temporal, o específicamente, a algunas de sus manifestaciones; y, las que se configuran como auténticos compromisos positivos de contratación indefinida o de conversión de contratos temporales en indefinidos. PEDRAJAS MORENO, A.: «Aplicación de las novedades en materia de contratación laboral surgidas de las reformas», en AA. VV. (Pedrajas Moreno, A., coord.) (1999): *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Valladolid, pp. 82 y ss.

duración de las prestaciones por desempleo sean centro del debate público ⁽⁷⁶⁾, suscitando una riquísima discusión sobre la conveniencia y adecuación de los vigentes modelos de financiación de la Seguridad Social ⁽⁷⁷⁾. Sus nefastos efectos económicos han sido calificados de despilfarro de recursos humanos y costes crecientes en la cobertura pública de las situaciones de desempleo, y de ahí que se hayan adoptado importantes medidas para estimular la salida de dicha situación. En consonancia con lo anterior, se ha producido un cierto recorte en la prestación por desempleo, consecuencia de la voluntad de sustituir políticas pasivas por políticas activas de empleo ⁽⁷⁸⁾.

En este contexto se ha habilitado al Gobierno a regular, dentro de la acción protectora por desempleo, una ayuda específica, denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. Además, dentro del modelo global de protección por desempleo ⁽⁷⁹⁾ han sido incluidos elementos asistenciales en el mismo cuadro del nivel contributivo ⁽⁸⁰⁾, a la vez que se ha producido una extensión clara del campo asignado a este último nivel (ampliación continuada del círculo de sujetos protegidos), impregnado, a su vez, de rasgos contributivos mediante el endurecimiento de los requisitos de acceso y permanencia en el sistema protector. La función marginal tradicional asignada a la política de protección por desempleo (garantía de

(76) El sistema contributivo se financia con cuotas y se rige por criterios predominantemente actuariales, lo que lo sitúa en el campo del mercado del seguro, mientras que las prestaciones asistenciales tienen encomendados unos objetivos de carácter redistributivo y de lucha contra la exclusión social y la pobreza. ARANGO FERNÁNDEZ, J. (1999): *La protección por desempleo en España*, Madrid, p. 122.

(77) Por extenso, GARCÍA DE BLAS, A. (1981): «Empleo y financiación de la Seguridad Social», *PEE*, núm. 8, pp. 154 y ss.; GONZÁLEZ CATALA, V.T. (1981): «Análisis económico-financiero de la contingencia de desempleo», *RSS*, núm. 12, pp. 73 y ss.; o DESDENTADO BONETE, A. y CRUZ ROCHE, I. (1982): «Las prestaciones de desempleo ante la crisis», *PEE*, núms. 12-13, pp. 317 y ss.

(78) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1999): «Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo», *DL*, núm. 60, p. 35. Las reducciones suelen operarse, bien menguando la duración de las prestaciones (Bélgica, Dinamarca o Reino Unido), bien reduciendo su cuantía (Alemania, Irlanda), bien instaurando períodos de espera (Francia), bien ampliando los períodos de cotización mínima exigible para acceder a la prestación (Bélgica).

(79) La LGSS recoge así —con pretensiones estabilizadoras— las reformas restrictivas más recientes en la protección de esta contingencia, poniendo de manifiesto, nuevamente, la dependencia del modelo de «factores extrajurídicos» derivados de la evolución económica y de las orientaciones políticas del momento, a traducir en un aparato legislativo de aluvión, presidido, en su dimensión diacrónica, por una vertiginosa sucesión de avances y retrocesos. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (1994): «Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo», *RL*, núms. 5-6, p. 116.

(80) El llamado nivel asistencial (que también podría denominarse «no contributivo») no es, en la mayoría de los supuestos que incluye, sino una mera prolongación de la prestación del nivel contributivo —no una alternativa a la misma— si bien sólo se accede a dicho nivel asistencial cuando el sujeto carece de ingresos por encima del «umbral de pobreza» (y es este segundo aspecto el que justifica el calificativo de asistencial). ALARCÓN CARACUEL, M.R. (1999): *La Seguridad Social en España*, Pamplona, p. 122.

movilidad laboral, cobertura de ingresos en situaciones de paro de corta duración o de carácter estacional) ⁽⁸¹⁾ amplía horizontes y adquiere singular complejidad por mor de los cambios cualitativos en el tipo de desempleo (de carácter cíclico y de larga duración), convirtiéndose en verdadero instrumento tendente a facilitar la reorganización de las empresas y la reestructuración permanente del sistema productivo, como componente institucional de la regulación de los «mercados» de trabajo y de los procesos económicos ⁽⁸²⁾. Es más, algunas técnicas de fomento (contratación temporal) y de reparto del empleo, como, por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial ⁽⁸³⁾, pueden acabar en un efecto expulsión de la prestación de desempleo ante la imposibilidad o dificultad para poder acreditar los requisitos legalmente establecidos ⁽⁸⁴⁾. Desde otro punto de vista, el trabajo a tiempo parcial puede ser en muchas ocasiones un «paro encubierto», dado que el trabajador a tiempo parcial busca —y necesita— un trabajo a tiempo completo ⁽⁸⁵⁾.

Las reseñadas insuficiencias del sistema permiten propugnar la necesidad de establecer una serie de medidas de reforma. Algunas de carácter interno, encaminadas a clarificar los respectivos campos de actuación y las conexiones existentes entre los dos niveles de protección, destinadas a dotar de mayor coherencia a cada uno de los niveles atendiendo a sus propias lógicas de funcionamiento; a lograr que el nivel contributivo satisfaga rentas sustitutivas de los salarios dejados de percibir guardando un razonable criterio de proporcionalidad ⁽⁸⁶⁾; a recuperar la motivación, la actividad, la autodisciplina y el entusiasmo, habida cuenta pasan por ser elementos susceptibles de deteriorarse a causa de un desempleo prolongado; o, en fin, a que el nivel asistencial tienda a garantizar progresivamente una cobertura universal de las personas en situación real de desempleo a través de transferencias sociales capaces

(81) Por todos, GALIANA MORENO, J.M.^a (1981): «Notas sobre el nuevo régimen de desempleo», *RPS*, núm. 129, pp. 45 y ss.

(82) FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (1997): *Prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social*, Alicante, p. 239.

(83) CARRASCO GARCÍA, N. (1996): «El empleo a tiempo parcial: evolución reciente y tendencias», *Economistas*, núm. 70, pp. 34 y ss.; PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.^a P. (2000): *La contratación indefinida a tiempo parcial*, Valencia, pp. 61 y ss.; o MORALES ORTEGA, J.M. (2001): «Las consecuencias del principio de proporcionalidad en la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» (I y II), *AL*, núms. 1 y 2, pp. 1 y ss. y 21 y ss., respectivamente.

(84) MONEREO PÉREZ, J.L. (1997): *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, p. 47; y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (1992): «La protección del desempleo: su polémico carácter contributivo y su adecuación a los trabajadores con empleo atípico», en AA. VV.: *Debates sobre el empleo. España*, Madrid, p. 83.

(85) La realidad española es, en buena medida, esta última. BORRAJO DACRUZ, E.: «La reconversión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: puntos críticos», en AA. VV. (Pedrajas Moreno, A., coord.): *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, cit., p. 32.

(86) Pues el nivel contributivo debe cumplir una misión redistributiva consistente en la satisfacción de una renta de sustitución equivalente a los ingresos dejados de percibir en la vida activa del trabajador. VAQUERO DEL POZO, P. (2000): *Mejorar las pensiones. Más allá del Pacto de Toledo*, Barcelona, p. 204.

de garantizar el principio constitucional de suficiencia. Otras de carácter externo, coordinando las medidas de protección contra el desempleo a través de la prioritaria implantación de políticas activas de mano de obra y de afloración del empleo oculto ⁽⁸⁷⁾.

La existencia de un amplio sector de la oferta de trabajo no canalizada a través de las instituciones regulares del mercado laboral implica, en definitiva, una cierta ruptura con la mentalidad analítica convencional acerca de aquél, en tanto supone la emergencia de múltiples y dispares figuras no contempladas en un terreno altamente normalizado, en el marco del conocido como «paradigma del empleo». En tal contexto, la lucha contra las prácticas defraudatorias, especialmente entre quienes trabajan por cuenta propia, se convierte, ineludiblemente, en objetivo permanente para el buen funcionamiento de cualquier modelo organizativo, a la vez que contribuye a fortalecer la potencia recaudatoria de la Seguridad Social ⁽⁸⁸⁾.

(87) MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España...*, cit., pp. 154 y 155.

(88) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1982): «Derecho del Trabajo y concertación social como instrumento de la política de empleo», en AA. VV.: *Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo*, Madrid, pp. 120-121; o PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales», en AA. VV. (Martínez Abascal, V.A., coord.) (1996): *Segundas Jornadas universitarias tarraconenses de derecho social*, Barcelona, pp. 13-34.