

Los contratos laborales temporales en las administraciones públicas

Jacobo Quintans García
Magistrado de lo social.
Profesor de la Universidad de Barcelona

1. Los contratos de trabajo formalizados por las administraciones públicas.
2. Contratos temporales del artículo 15 del ET y Real decreto 2720/1994.
 - 2.1. Contrato por obra o servicio determinado. 2.2. Contrato eventual por razones de la producción. 2.3. Contrato de sustitución por interinidad y por vacante.
3. Contratos formativos.
 - 3.1. Contrato en prácticas. 3.2. Contrato para la formación.
4. El contrato a tiempo parcial.
5. El contrato con extranjeros.
6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
7. Miscelánea.

1. Los contratos de trabajo formalizados por las administraciones públicas

Como es sabido, las administraciones públicas deben someter, ordinariamente, sus relaciones de empleo a un estatuto específico, previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, que excluye la aplicación del Derecho del trabajo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.3.a) del Estatuto de los trabajadores (en adelante, ET).

No obstante, es cada día más habitual ver cómo las administraciones públicas celebran contratos de trabajo, ocupando, por consiguiente, la posición de empresario en dichas relaciones contractuales.

Sin embargo, esta condición de empleador laboral no desnaturaliza el papel constitucional de las administraciones públicas, que les obliga a servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Nos encontramos, por tanto, ante un empresario especial, dada su peculiar naturaleza pública, cuya finalidad es servir a los intereses generales con sujeción a la ley y al Derecho, siéndole exigible, por ello, atender –también en las relaciones laborales que mantenga con sus trabajadores– tanto a la normativa laboral como a la de carácter administrativo que regula su actuación.

Esta dualidad ha suscitado complejos problemas interpretativos y la propia doctrina jurisprudencial ha reflejado esa complejidad a través de dos direcciones fundamentales:

a) La que valora la especial posición de la Administración pública como sujeto sometido a una legalidad específica en la contratación de personal.

b) La que considera que, en su condición de empresario laboral, las entidades públicas deben quedar plenamente sometidas al Derecho del trabajo sin excepciones que podrían constituir un privilegio y un trato más desfavorable para los trabajadores que prestan sus servicios a entidades de carácter público (Ricardo Bodas Martín –*Cuadernos de Derecho Judicial*– CGPJ/2000).

c) Las meras irregularidades formales en que puedan incurrir dichas administraciones en el nacimiento, vida o extinción del vínculo laboral temporal, no pueden considerarse fraude de ley, dada la especial posición de tales administraciones, movidas por el interés público, ni puede transformar, con la misma rigidez que en la empresa privada, la relación laboral temporal en indefinida en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse a favor de todos los que deseen acceder a la función pública mediante el oportuno procedimiento de selección.

d) Ello no impide que dichas administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral

por tiempo indefinido, en el supuesto de incumplimientos especialmente cualificados, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios, sin que la naturaleza laboral de la relación pueda transformarse por tal motivo en administrativa y producir la integración del trabajador en el marco funcional (sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 7 de marzo de 1988, de 18 de julio de 1989, y de 11 y 18 de marzo de 1991, entre otras).

Iniciamos ya una exposición de la normativa laboral en materia de contratación, con carácter general, para, después, pasar a las particularidades y a las distintas cuestiones que se plantean en la práctica sobre la contratación laboral temporal por parte de la Administración en su papel de empresario o empleador.

2. Contratos temporales del artículo 15 del ET y Real decreto 2720/1994

2.1. Contrato por obra o servicio determinado

El artículo 15 del ET, regulador de los contratos de duración determinada, permite el contrato de obra o servicio determinados cuando se contrata al trabajador para la realización de una obra con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea, en principio, de duración incierta.

En el mismo sentido, el Real decreto 27/1998 dispone en su artículo 2 la misma definición añadiendo, como *cláusulas esenciales*, la especificación e identificación suficiente con precisión y claridad de la obra o servicio que constituya su objeto, y que se trate de la actividad propia de la empresa; pero que la obra o servicio para el que se contrata tenga autonomía y sustantividad propia.

La primera de las cláusulas es fundamental a pesar de que no se le da suficiente importancia en la práctica de los despachos y las gestorías, ocasionando las más de las veces una declaración judicial de fraude por alegar en dicha cláusula causal o de objeto del contrato conductas genéricas o simplemente la definición del contrato temporal (por ejemplo, este contrato se formaliza para la realización de una obra o servicio determinado). Resulta incomprensible la reincidencia permanente en este defecto fundamental a sabiendas de los perjuicios que la inespecificidad del objeto produce.

En este sentido es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1990 cuando expone:

“Este requisito es fundamental o esencial en estos casos, pues si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere no puede hablarse de obra o servicio *determinado*; mal puede existir una obra o servicio de esa clase [...] si los mismos

no se han concretado y determinado previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esa concreción o determinación es forzoso deducir el carácter *indefinido* de la relación laboral correspondiente [...] y necesariamente se ha de tener en cuenta lo que dispone el artículo 15 del ET al afirmar que *se produce por tiempo indefinido*."

Es significativo que sólo "se presume" el carácter indefinido, por lo que siempre cabe acreditar en juicio que la obra o servicio determinado para la que se contrató al trabajador existió y fue la causa de la contratación; pero es una temeridad esperar a que le demanden por despido para probar en juicio (con las dificultades que ello comporta) lo que pudo y debió evitarse *redactando bien la cláusula de objeto del contrato*.

—Existen muchas empresas cuyo objeto único, o al menos el principal, es llevar a cabo obras o servicios de carácter temporal (construcción, servicios de limpieza, vigilancia y otras de arrendamientos de servicios).

Este objeto social pueden realizarlo con trabajadores contratados de forma indefinida o con contrato temporal por obra o servicio determinado. También con plantilla mixta: fijos para las labores de mantenimiento de la empresa y otros temporales contratados para atender a cada una de las contrataciones que se vaya adjudicando la empresa.

Precisamente, porque se trata de obras que se acometen para ser llevadas a cabo y concluirse o agotarse, parece lo más lógico acudir a las contrataciones de duración determinada por obra o servicio. Así lo entendió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 3 de noviembre de 1989, cuando dice: "[...] la calificación jurídica de los contratos —que no depende de la que erróneamente hagan las partes, sino de su naturaleza intrínseca— se adecua perfectamente a la de obra y servicio determinado, por tratarse de un motivo específico que se agota en su propia realización sin idea de repetición anual."

—Los contratos de arrendamiento de servicios en los que se condiciona o sujeta su duración a la continuidad de la contrata con el cliente son perfectamente válidos.

Los tribunales superiores de justicia se han dividido al estudiar esta cuestión, considerando algunos que si la actividad de arrendamiento de servicios es la propia de la empresa, ésta no puede acudir al contrato por obra o servicio, puesto que hay una confusión entre su objeto único (la prestación de servicios) y lo que no puede ser una actividad autónoma con sustantividad propia (cada servicio prestado).

El Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión y en sentencias de 8 de junio de 1999 y de 20 de noviembre de 2000, entre otras, se decanta definitivamente por la consideración de que hacer depender la duración de la relación laboral, de la duración del contrato entre la arrendadora del servicio (empleadora) y su cliente, *se*

ajusta perfectamente a lo establecido en el artículo 15.1.a) del ET. Estas empresas de servicios efectúan, pues, un servicio temporal con autonomía y singularidad propia y con término final incierto, por lo que pueden acudir a la contratación temporal por obra o servicio.

En los casos de duda se aconseja:

—La subrogación del personal que realiza el servicio, por la nueva contratista, para lo cual es preciso que venga regulado en el convenio colectivo del sector, como sucede en limpieza, vigilancia, colectividades, en el sector de hostelería (catering), etcétera.

—Si no lo prevé el convenio y se tratara de la prestación de unos servicios en supuestos distintos de los contemplados por la jurisprudencia antes citada, habría que acudir a la extinción del contrato por causas objetivas, o de fuerza mayor. En este caso llevaría aparejada como mal menor una indemnización de veinte días por año de servicio.

El segundo de los requisitos que se derivan de su regulación legal, el de que se trate de un trabajo con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa (albañilería, revocado, alicatado, etc., de una obra determinada; vigilancia de un local de un cliente, etc., limpieza de quirófanos de un hospital, etc.) requiere fundamentalmente que se especifique con toda claridad la obra o el servicio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1992 expone con claridad que "la expresa mención en el contrato de trabajo en el lugar de la prestación de servicios no dota, por sí solo, a éstos de autonomía y sustantividad propias exigidas por el artículo 2.1 del Real decreto 2104/1984 (hoy Real decreto 2720/1998)".

Formalización

—El contrato deberá formalizarse siempre por escrito y deberá especificar con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificar suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto, la duración del contrato, así como el trabajo a desarrollar. De ahí su exigencia de forma escrita única en la que queda constancia de esa identificación.

—En el modelo que se expide por el INEM para la formalización de este tipo de contratos, el espacio que se destina a la especificación del objeto es realmente reducido, lo que sirve de mala excusa a los empresarios para exponer el objeto de la contratación de forma reducida y no válida. En ese caso se aconseja exponerla con amplitud y claridad en una *cláusula adicional* al efecto.

—El contrato se comunicará al INEM o al Servicio Público de Empleo de las comunidades autónomas en los diez días siguientes a su concertación.

—Podrá concertarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

—Su duración será la del tiempo que dure la obra o servicio para el que se contrata al trabajador. Si el con-

trato fijara una duración o fecha de extinción, éstos deberán considerarse de carácter orientativo.

Los convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

—El contrato se extinguirá previa denuncia, verbal o escrita, de cualquiera de las partes, cuando finalice la obra o servicio objeto del contrato, y si ésta es superior a un año la terminación del contrato deberá notificarse con una antelación mínima de quince días. La ausencia de este requisito no afecta a la naturaleza del contrato ni lo convierte en indefinido, pero obliga al incumplidor al abono salarial de los días que falten en el preaviso.

—En cuanto al período de prueba, al no existir norma específica deberá estarse a la regulación general del artículo 14 del ET.

Cuestiones que se suscitan

—¿Puede extinguirse el contrato por obra o servicio determinado antes de acabar la obra consignada en el contrato? *Sí*, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de abril de 1986, dice: “Los contratos para la prestación de un servicio determinado que se realicen mediante un haz de contratos de la misma naturaleza (por ejemplo, una obra de la construcción y para cuya realización se contratan albañiles, peones, electricistas, fontaneros, etc.) no requieren el cese simultáneo de todos los trabajadores [...] sino que en base al artículo 49.3 del ET se van extinguendo al terminar la prestación de dicho servicio paulatinamente, debiendo seguirse en el cese el orden inverso al de antigüedad” (de más reciente a más antiguo).

Además de lo expuesto con carácter general, el contrato para la realización de una obra o servicio determinado no puede ser utilizado para cubrir necesidades permanentes del organismo público, tal y como se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 5 de julio de 1999.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo como especialidad, dado el carácter público del empleador, la posible identificación de una obra o servicio determinados con la referencia a un programa público de actuación específica (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 28 de julio de 2000, en un supuesto de contratación temporal para el desarrollo del Plan nacional de formación e inserción profesional), pero para que ello no derive en fraude de ley es preciso que el trabajador contratado por obra o servicio determinado sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en otra distinta de la contratada.

Lo mismo sucede cuando se contrata bajo esta modalidad para un programa o proyecto *subvencionado*, con la particularidad de que la supresión o finalización de la subvención acarrea el fin del contrato aunque la obra o servicio no hubiesen concluido [artículo 52.e) del ET,

apartado introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio]. En estos supuestos es muy importante resaltar, como ya hacen varios tribunales superiores de justicia, que “la obra o servicio determinado subvencionado ha de referirse a servicios específicos y *no a servicios básicos*”, ya que éstos han de ser cubiertos utilizando los sistemas de contratación legalmente previstos para la contratación de servicios por las administraciones públicas.

2.2. Contrato eventual por razones de la producción

El artículo 15 del ET y el artículo 3 del Real decreto 2720/1998 autorizan la contratación temporal para atender exigencias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

Normativa

—Artículo 15 del ET.

—Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

—Artículo 3 de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

Formalización

—Se formalizará por escrito de forma obligatoria cuando su duración exceda de cuatro semanas, y en todos aquellos casos en que se concierte a tiempo parcial.

—El contrato y, en su caso, la prórroga (solo cabe una sola prórroga) se comunicarán al servicio público de empleo dentro de los diez días siguientes a su contratación.

El contrato se extinguirá previa denuncia de cualquiera de las partes, por la expiración del tiempo concertado que nunca debe exceder del máximo legal, que será de seis meses en un período de doce meses, si el convenio no dispusiera otra cosa.

—Los contratos que tengan establecida legal o convencionalmente una duración máxima y que se hubiesen concertado por una duración inferior a la misma, se entenderán prorrogados tácitamente, hasta la correspondiente duración máxima legal o convencional, cuando no hubiese mediado denuncia o prórroga expresa antes de su vencimiento y el trabajador continúe prestando servicios. Si finalizada también esa prórroga tácita, llegado el cumplimiento máximo del tiempo posible, el contrato se convertirá en indefinido si el trabajador siguiese prestando servicios.

Cláusulas principales

—La duración del contrato que no puede superar el máximo de seis meses en un período de doce meses salvo en los casos en los que el convenio colectivo disponga otra cosa. En todo caso los convenios colectivos no podrán establecer un período de referencia que exceda de dieciocho meses ni una duración máxima del contrato que exceda de las tres cuartas partes, no siendo superior a doce meses.

—Podrá concertarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

–Es fundamental establecer con claridad y precisión la circunstancia o cláusula por la que se realiza el contrato (se insiste en este punto por ser el más infringido en la práctica).

Esta cláusula fundamental, establecida en el artículo 3.2.a) del Real decreto 2720/1998, “el contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique”, implica que su incumplimiento produce la presunción de fraude de ley y la conversión del contrato en indefinido.

Situaciones que pueden darse

–Si el empleador fuera una administración pública, el efecto de la falta de concreción de la causa supone que el trabajador se convierte en indefinido, no en fijo de plantilla, y su situación es, a todos los efectos, la de un interino por vacante, viniendo la Administración empleadora obligada a convocar la plaza ocupada por el laboral indefinido o a amortizarla. Una vez cubierta reglamentariamente, o amortizada, el trabajador cesa sin más, como un interino común.

–¿Convierte en indefinido un contrato temporal la existencia de algún error u omisión de algún requisito administrativo (por ejemplo, formalizar el contrato en impreso no oficial o falta de formalidad no esencial)? No, si la causa es real y está claramente descrita y especificada en la cláusula correspondiente (objeto del contrato).

–El error en el impreso, utilizando el de obra o servicio por el eventual por razones de la producción, ¿convierte la relación en indefinida? No, si existe causa para contratar por razones de la producción y contiene las cláusulas imprescindibles que lo diferencian del utilizado erróneamente: duración y objeto.

–Si a la terminación del contrato temporal se suscribe otro indefinido o si no han transcurrido veinte días hábiles entre uno y otro, la antigüedad abarcará todo el tiempo de servicio sumados los contratos.

–Cuando se precisa el trámite del preaviso, la falta de este requisito no desnaturaliza el contrato, convirtiéndolo en indefinido, sino que nace la obligación de abonar el salario por los días de preaviso no cumplidos.

–Son en fraude de ley los contratos eventuales por razón de la producción:

a) Cuando, a pesar de estar bien configurado el contrato, se destina al contratado para labores permanentes.

b) Cuando se sustituye la exposición clara y precisa de la causa por otra genérica, como por ejemplo por razones de la producción, por circunstancias del mercado, por acumulación de tareas, por exceso de pedidos, o similares.

–Cuando se realizan para trabajos intermitentes con el mismo trabajador: para épocas de rebajas, campañas de verano o vacaciones en las agencias de viajes, etc. El contrato que procede en este caso es el de a tiempo par-

cial si se le llama regularmente en la misma fecha o el fijo discontinuo si no tiene fecha exacta de reincorporación

–Cuando se sobrepasa el tiempo máximo permitido por el convenio o por el ET, en defecto de aquél.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo han definido con claridad y precisión las causas que autorizan a acudir a este tipo de contratación temporal. Así, la Sentencia de 4 de febrero de 1999, cuando dice:

“Ha de justificarse en atención a una causa vinculada objetivamente a la presencia de circunstancias provisionales que crean una necesidad extraordinaria de trabajo en la empresa que no puede ser atendida por la plantilla normal de la misma [...]. El artículo 15.1.b) del ET debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo.

“La fijación de un plazo o término de seis meses o el máximo permitido por el convenio colectivo puede dar lugar a que el contrato de trabajo se extinga aunque permanezca subsistente la causa.

“Si lo que desaparece es la causa que justificó el contrato temporal, éste podrá continuar hasta la finalización del plazo pactado (para evitar riesgos de precariedad sobre la situación personal del trabajador). Hay que tener especial precaución para no fijar plazos de contratación superiores a lo que se prevé que va a durar la causa para evitar posibles situaciones de fraude.”

–Una consecuencia importante del establecimiento legal de un término cierto es que, en los contratos eventuales concertados con empresas de trabajo temporal, ha de seguirse el régimen legal del artículo 1.b) del ET aunque el contrato de puestas a disposición se resuelva antes del plazo pactado en el contrato de trabajo, por finalización de la causa que determinó la contratación con la empresa usuaria. Así, el Tribunal Supremo estima que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal.

–Las sentencias de 15 de febrero de 1995 y de 17 de noviembre de 1997 establecen que lo que caracteriza la acumulación de tareas es precisamente la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar, aun estando al com-

pleto la plantilla correspondiente, como cuando, por el contrario, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. En estos casos en que el desequilibrio o desproporción se debe a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir, y la empleadora no puede llevar a cabo la normal cobertura de las mismas con la rapidez adecuada, nos encontramos ante un supuesto de acumulación de tareas, por lo que es lícito acudir al contrato eventual en lugar del contrato de sustitución por vacantes, vacaciones, etcétera.

El contrato eventual del artículo 15 del ET en sus modalidades de por circunstancias de la producción, acumulación de tareas, o exceso de pedidos, tiene su aplicación en los contratos concertados por la Administración como empresaria, fundamentalmente en la modalidad de por acumulación de tareas, y tiene por objeto atender a un incremento temporal o excepcional del volumen de trabajo que no puede ser cubierto por el personal al servicio del ente público contratante. En lo demás, rigen todas las disposiciones del Real decreto 2720/1998 que se han recogido al principio del epígrafe.

Lo más importante por la frecuencia con que se da cuando la contratante es una administración pública es la distinción entre el trabajo eventual y el trabajo fijo discontinuo.

Diferencias entre los contratos temporales y los fijos discontinuos

Hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001 la contratación temporal del artículo 15.1.b), "eventuales por acumulación de tareas", se venía utilizando para aquellas necesidades de la Administración que, aun tratándose de la actividad normal de dicho ente, suponían para el empleador una necesidad de aumento temporal de la plantilla, de modo que superado ese repunte de trabajo ocasional, ya no precise o no puedan continuar los contratados para esa actividad. Pero, además, se utilizaba para cubrir necesidades de aumento puntual de trabajo que se dan cada año en determinados períodos, siempre y en las mismas fechas, por ejemplo, campañas de verano, monitores de colonias, empleados de piscinas, etc. En esos casos se contrataba temporalmente al amparo del contrato eventual por acumulación de tareas del artículo 15.1.b) del ET, y desarrollado en el artículo 3 del Real decreto 27/1998.

La Sentencia de 1 de octubre de 2001 ha venido a puntualizar al respecto de tal forma que todos esos contratos que se formalizaron al amparo del artículo 3 del real decreto citado para atender incrementos circunstanciales de trabajo, que se repiten en fechas determinadas, se considerarán fraudulentos. En todos estos supuestos no cabe otra posibilidad para cubrir las necesidades de

la empleadora que el contrato fijo-discontinuo del artículo 12 del ET como modalidad del contrato a tiempo parcial. Tiene, además, la ventaja de que no está sujeto a período máximo, como sucede con el eventual, y se finaliza cuando acaba la temporada o el aumento de trabajo, sin perjuicio de reanudarse al inicio del nuevo ciclo.

2.3. Contrato de sustitución por interinidad y por vacante

El artículo 15 del ET y el artículo 4 del Real decreto 2720/1998 autorizan este tipo de contratos temporales cuando se precisa sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo, o acuerdo individual, en cuyo caso nos encontramos ante la modalidad del contrato de interinidad por sustitución, o bien para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en cuyo caso se trata del contrato de interinidad por vacante.

Formalización

El contrato de interinidad, en sus dos especies de por sustitución y por vacante, se celebrará siempre por escrito, registrándose en el INEM u Oficina Pública de Empleo en los diez días siguientes a su contratación

Se identificará con claridad y suficiencia al trabajador sustituido.

Se expondrá la causa de la sustitución y (algo que siempre se olvida) si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél.

Si se trata de interinidad durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en el contrato se identificará el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

Los contratos temporales de interinidad se transforman en indefinidos:

–Cuando no se identifica con claridad el trabajador sustituido, o la plaza vacante que se pretende cubrir.

–Si, finalizada la causa de sustitución, el trabajador con reserva de puesto de trabajo no se reincorpora y el interino continúa ocupando esa plaza (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000), se exceptúan los supuestos de sustitución de la Administración, en cuyo caso pasa a situación de interino por vacante, y puede seguir así hasta la cobertura de la plaza por trámite reglamentario, o hasta su amortización (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1996).

–Pueden concatenarse varios contratos de interinidad, siempre que, contemplados individualmente, reúnan cada uno de ellos las condiciones generales de validez.

—En los contratos de interinidad por vacante para cubrir un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección varía según la empleadora sea una entidad pública o privada. Para las administraciones públicas no fija la norma un plazo concreto para la promoción o cobertura de la vacante, remitiéndose a lo establecido en la legislación correspondiente. En cambio, si se trata de un empleador privado, el tiempo máximo para el proceso de selección es el de tres meses, a cuya finalización deberá extinguirse el contrato de interinidad, y si el trabajador continuase prestando servicios se transformará en indefinido.

Un caso realmente llamativo es el que se está produciendo con los contratados laborales del extinto Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, y que, por razón de su falta de causalidad, habían devenido en trabajadores indefinidos. Una vez el organismo citado se ha convertido en sociedad anónima (7/2001) Correos, al ser una empleadora privada, se somete automáticamente a la limitación establecida para la cobertura de sus plazas vacantes. De ahí que tres meses después de su conversión a empresa mercantil todos sus trabajadores indefinidos (en su condición asimilada a la de interinos por vacante) deben ser considerados como trabajadores fijos de plantilla. En ese sentido la sentencia de la Audiencia Nacional que resuelve el conflicto colectivo planteado por las organizaciones sindicales, que está próxima a su publicación.

Contrato de interinidad formalizado por las administraciones públicas

En el contrato de interinidad es donde se dan las mayores diferencias entre la contratación laboral realizada por empresas privadas y la concertada por las administraciones públicas en su papel de empresario.

En primer lugar, aparece un elemento distorsionador que es el funcionario *público interino* cuyo nombramiento es todavía lícito puesto que el antiguo artículo 5.2 de la LFCE no ha sido derogado por la actual LMRFP. En estos supuestos el nombrado lo ha sido así: por acto administrativo o acto de autoridad, y no por contrato como sucede con el interino laboral, y si su nombramiento adolece de falta de los requisitos de validez, su impugnación corresponderá resolverla a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y no al social. Más aún, el Tribunal Supremo, Sala IV, en Sentencia de 12 de junio de 1996, en un supuesto de impugnación de nombramiento como funcionario interino de una persona que ya prestaba sus servicios en calidad de personal laboral, se pretendía la declaración de nulidad del nombramiento y la fijeza laboral del demandante. El Tribunal Supremo consideró que la decisión de declarar la nulidad del nombramiento no era una mera cuestión prejudicial que pudiera resolverla el juez de lo social para llegar al fondo del *petitum* solicitado en la demanda: declarar al trabajador en situa-

ción de laboral fijo. El Tribunal consideró que la declaración de nulidad del nombramiento de funcionario interino es materia que compete, de plano, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entrando ya en las particularidades del contrato de interinidad laboral formalizado por las administraciones públicas, aparecen importantes diferencias con la regulación general del Real decreto 2720/1998 antes relacionado, en especial en la modalidad de *interinidad por vacante*.

En el contrato de interinidad por sustitución de trabajador con reserva de puesto de trabajo, apenas hay diferencia alguna por el hecho de que la empleadora sea pública o privada, y la única que se constata es la de una mayor permisividad (por el propio funcionamiento e interés público protegido de las administraciones), en la fecha de finalización del contrato del interino una vez reincorporado el trabajador sustituido. Ya en la contratación privada no se exige que este relevo sea de forma radical (entrar el sustituido por una puerta y salir el interino inmediatamente por la otra); pero en los contratos formalizados por la Administración pública, todavía se aplica con menor rigor y únicamente tendría validez lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real decreto 2720/1998 (conversión en indefinido del contrato de interinidad cuando el interino continúa prestando servicios tras la causa de extinción), cuando en la actividad del empleador se aprecie abuso de derecho o fraude de ley (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de marzo de 1997).

En cambio, como ya se apuntó, la especialidad del contrato de interinidad *por vacante* crea mayores problemas cuando es la Administración pública la empresaria.

La primera particularidad se desprende de la jurisprudencia sentada por la Sala IV del Tribunal Supremo en sentencias de 14 de marzo y de 9 de junio de 1997, entre otras, que sostiene que *no* cabe utilizar esta modalidad contractual para ocupar provisionalmente puestos de trabajo vacantes que estén clasificados como de naturaleza administrativa, hasta su provisión definitiva por personal funcionario de carrera o estatutario, que sólo podrán cubrirse por funcionarios interinos y no por contratados laborales.

Otra de las diferencias es la de la condescendencia de los tribunales con la Administración cuando se trata de designar en los contratos de interinidad por vacante, con precisión la plaza vacante a cubrir. Así, varias sentencias de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas han establecido que no es necesaria la concreta detallada y específica designación de la plaza vacante mediante la cita expresa del número en la Relación de Puestos de Trabajo (en menudo compromiso se metería a tantas administraciones que siguen viviendo de espaldas a tal relación), pero sí exi-

gen que conste suficientemente identificada la plaza vacante a cubrir bajo amenaza de convertir el contrato en indefinido. Mayor permisividad dejaría en completa indefensión al interino por vacante al tener que aceptar la extinción de su contrato ante la primera cobertura de vacantes que se produjera en la Administración contratante, fuese o no la que ocupaba provisionalmente aquél, y cuya indefinición en su contrato le impediría cuestionar la decisión de cese.

¿Qué sucede si la Administración, amparada en la existencia del límite de tres meses que el artículo 4.2.b) del Real decreto 2720/1998 establece como máximo para la cobertura de vacante, qué sucede, digo, dilata en exceso la convocatoria de concurso u oposición para cubrir la plaza vacante? También aquí hay laxitud en la aplicación del precepto cuando la empleadora es una administración pública. En primer lugar, por los propios términos en los que está redactado el precepto: “El tiempo que duren dichos procesos (de cobertura de vacante) conforme a lo previsto en su normativa específica.” Y, en segundo lugar, porque la dotación de plazas y su cobertura en la Administración no tiene por finalidad la protección ni permanencia en la relación laboral de los trabajadores, sino en el interés público (necesidad del servicio, dotación presupuestaria, etc.). Ello no obsta para la persecución judicial del abuso, como por desgracia se da con demasiada frecuencia. En ocasiones la Administración autonómica ha tardado más de ocho años en convocar una plaza vacante ocupada mientras tanto por un interino. Ante la demanda por el trabajador de que se declara su relación indefinida por fraude en la contratación los tribunales han estimado la pretensión del trabajador considerando que nada justifica la no-convocatoria del sistema idóneo para la cobertura reglamentaria de la vacante y si no se ha hecho en ese tiempo es porque no era necesaria, en cuyo supuesto procedería la amortización y la extinción del contrato del interino por causa legal. Se da la curiosa circunstancia de que tras esas sentencias que declaran el abuso y, en consecuencia, que el contrato del interino devino indefinido, la Administración condenada procedió de inmediato a amortizar reglamentariamente la plaza.

3. Contratos formativos

3.1. Contrato en prácticas

Esta modalidad de contratación tiene por finalidad facilitar la incorporación al mercado de trabajo de las personas que poseen una titulación académica habilitante; pero carecen de una experiencia profesional suficiente para que su actividad sea plenamente productiva, lo que dificulta sus posibilidades de colocación.

Normativa

–Artículo 11 del ET.

–Real decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del ET.

Requisitos

Este contrato se concertará únicamente con las personas que estuvieren en posesión de un título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional. Así:

a) Títulos profesionales válidos para este contrato:

–Diplomado universitario.

–Ingeniero técnico.

–Arquitecto técnico.

–Licenciado universitario, ingeniero o arquitecto.

–Técnico o técnico superior de la formación profesional *específica*.

–Títulos equivalentes otorgados por los organismos competentes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1999 expone: “Sólo justificarán el contrato en prácticas aquellos títulos que realmente exijan la realización de unos estudios de características teóricas que habiliten para una profesión socialmente vinculada a una capacitación previa.”

b) Titulación reciente. Que no hayan transcurrido más de *cuatro años* desde la terminación de los estudios (recuérdese el dicho de que los títulos, al igual que los yogures, caducan).

c) Formalización por escrito, siendo *cláusulas básicas* las siguientes:

–Titulación del trabajador.

–Duración del contrato no inferior a seis meses ni superior a dos años (salvo que el convenio colectivo permita otra duración distinta y superior).

–Puesto de trabajo a desempeñar durante las prácticas (que será el elemento básico a hacer constar en el certificado que, al finalizar el contrato, debe expedirle el empresario).

–El período de prueba, que será el que autorice el convenio colectivo y, si nada dice, será de un máximo de un mes para los títulos de grado medio y de dos meses para los de grado superior.

–La retribución, que será la que estimen las partes, teniendo como límite inferior la del convenio colectivo si viniere establecida para estos contratos, y si no la del 60% para el primer año de duración del contrato, y del 75% para el segundo año (si el convenio autorizara un tercer año se abonaría también el 75%) del que corresponda a un trabajador que realice las mismas funciones que el contratado en prácticas, y nunca inferior al salario mínimo interprofesional. Si el contrato de trabajo lo fuese a tiempo parcial la remuneración será la proporcional a la jornada contratada).

Además de estas cláusulas básicas pueden establecerse todas las que convengan particularmente, como si se tratase de un contrato indefinido ordinario.

d) El contrato en prácticas debe comunicarse al INEM o al Servicio Público de Empleo de las comunidades autónomas, en su caso, dentro de los diez días siguientes a su formalización y de las sucesivas prórrogas, que en ningún caso serán más de dos.

e) Al término del contrato puede formularse con el mismo trabajador otro contrato, también en prácticas, si se hace en virtud de distinta titulación y funciones diferentes.

f) Al finalizar el contrato el empresario deberá expedir al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo ocupados y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos. Su falta no desnaturaliza el contrato, pero es causa de sanción administrativa.

Incentivos

Las transformaciones en contratos indefinidos ya sea a tiempo completo, o a tiempo parcial, se podrán realizar con los beneficios establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, y a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social previstas en el artículo 44 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, referente al programa de fomento a la ocupación indefinida.

Cuestiones que pueden suscitarse

¿Puede pactarse en cláusula adicional que el trabajador percibirá los complementos salariales de puesto de trabajo en la proporción del 60% o el 75%?

No, pues esa proporción afecta al salario base y pluses de convenio; pero si el puesto que desarrolla tiene algún plus por penosidad, nocturnidad, etc., o el trabajador obtiene una productividad específica (bonus, objetivos, etc.) estos pluses deberán abonarse como a cualquier trabajador que soporte los primeros, o alcance los segundos. Sólo puede establecerse esa reducción salarial en aquellos conceptos que afecten a la condición de inexperto del trabajador en prácticas y redunde, por ello, en su capacidad productiva.

Advertencia: el contrato en prácticas del personal investigador, científico o técnico viene regulado en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (en su redacción dada por la disposición adicional séptima de la Ley 12/2001), cuya principal diferencia con el contrato en prácticas, llamémosle común o general, es la paridad del salario con el del personal investigador que realice idénticas o análogas actividades.

3.2. Contrato para la formación

El contrato para la formación, antes llamado de aprendizaje, que es un término más expresivo por lo que no debió cambiarse, tiene por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado para un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación.

Normativa

–Artículo 11 del ET y Real decreto 488/1998, de 27 de marzo.

–Orden de 14 de julio de 1998.

–Resolución de 26 de octubre de 1998.

Formalización

Se concertará siempre por escrito, comunicándolo al servicio público de empleo dentro de los diez días siguientes a su concertación, al igual que las prórrogas del mismo (máximo dos prórrogas con una duración mínima para cada prórroga de seis meses).

–Su duración no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, excepto en el caso que el convenio colectivo de ámbito sectorial fije una duración mayor que, en ningún caso, puede superar los tres años.

–Sólo se puede concertar a tiempo completo (jornada que se compone del tiempo de trabajo efectivo y el dedicado a formación teórica).

–Finalizada la duración máxima, el trabajador no puede ser contratado bajo esta misma modalidad ni por la misma ni por otra empresa.

–La acción protectora de la Seguridad Social comprende las contingencias derivadas de un accidente de trabajo y de una enfermedad profesional. La asistencia sanitaria siempre. La de maternidad, el subsidio de IT y las pensiones (con las particularidades que se contienen en el artículo 15 del Real decreto 488/1998, de 27 de marzo).

–Estarán cubiertos por el FOGASA.

Cláusulas principales

El oficio o nivel ocupacional objeto de aprendizaje, el tiempo dedicado a la formación y su distribución horaria, la duración del contrato y el nombre y cualificación profesional de la persona designada como tutor.

La retribución, que será fijada en convenio colectivo o, en su defecto, la que se pacte, que no podrá ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional, en proporción al tiempo trabajado (por ejemplo, si se fija un 80% de jornada completa dedicada al aprendizaje práctico, el salario no podrá ser inferior al 80% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento).

–Período de prueba, que no podrá ser superior a dos meses.

–Determinar el número de contratados para la formación ya suscritos y vigentes en la empresa (siempre dentro de la escala del artículo 7.2 del Real decreto 488/1998).

–Las funciones o la categoría profesional si vinieran establecidas en convenio (lo que permite situar la naturaleza de los trabajos y su adecuación al contrato para la formación).

–Son nulas las cláusulas que restrinjan para los aprendices los derechos y beneficios establecidos en el convenio colectivo para los demás trabajadores.

–Queda prohibida la formalización de estos contratos con aquellos trabajadores que se encuentren en pose-

sión de una titulación que habilite para la suscripción de un contrato en prácticas para esa misma función o puesto para la que se ha contratado como aprendiz.

–No se puede contratar como aprendiz para funciones que precisen de titulación habilitante, lo que sería procedente es un contrato en prácticas.

–No se puede contratar como aprendiz para realizar funciones que no comporten “adquirir oficio”, ni requieran de preparación alguna, por ejemplo: mozo de carga y descarga, mozo de limpieza en general, reponedor de estanterías en comercios o superficies, etcétera.

–Debe huírse, por fraudulentos, de los contratos que tratan de sustituir mano de obra adulta que realiza funciones que no precisan de enseñanza, por contratos para la formación, en busca de una menor retribución por idéntica función.

–Cuando se han pactado unas horas para la formación teórica y durante el contrato finaliza el curso de formación al aprendiz, *¿puede añadirse el tiempo que se dedicaba a la formación teórica al pactado para la formación práctica (trabajo)?* En principio, nada dice la norma; pero teniendo en cuenta que este contrato no cabe en la modalidad de tiempo parcial, puede absorberse la totalidad de la jornada para la formación práctica. Lógicamente, ello comportará el aumento salarial en la proporción de tiempo de trabajo adicionada.

4. El contrato a tiempo parcial

El artículo 12 del ET denomina *contrato a tiempo parcial* al que se celebra para prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes, o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo “comparable”.

Así, para determinar cuándo en una empresa un contrato se celebra bajo esa modalidad habrá que comparar la jornada (en cómputo anual) con la de otro trabajador de la plantilla equiparable (trabajo similar).

Si en la empresa no hubiere ningún trabajador a tiempo completo, o este no fuera comparable por realizar funciones totalmente distintas, será contrato a tiempo parcial el que no alcance la jornada máxima según convenio colectivo aplicable y, si no hubiese convenio, la legal.

Características

–Se formalizará siempre por escrito y en el modelo oficial.

–Podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada excepto en el contrato para la formación (aprendizaje).

–Si se concierta para realizar trabajos fijos y periódicos (rebajas, campañas anuales de verano o estacionales en empresas de viajes, etc., montaje de espectáculos o estructuras en fiestas anuales, etc.) siempre que constituyan la actividad de la empresa, deberán formalizarse

por tiempo indefinido bajo la modalidad de *fijos discontinuos* (que no deja de ser una subespecie de los contratos a tiempo parcial).

Cláusulas principales

–El número de horas ordinarias de trabajo al día o a la semana, o al mes, o al año que se contratan y su distribución. La penalización que lleva aparejada el incumplimiento de esta cláusula, es la de tener el contrato por realizado a jornada completa, salvo que en juicio, en el que se cuestione, se pruebe su naturaleza de contrato a tiempo parcial.

–Si la jornada del centro es partida y el contrato a tiempo parcial supone una jornada diaria inferior a la del resto de plantilla (hay que tener en cuenta que incluso podría ser superior pues su cómputo es anual), el trabajador a tiempo parcial sólo podrá hacer la jornada de forma continua (si su duración diaria fuera inferior a seis horas) o a lo máximo con una interrupción (al igual que el resto de sus compañeros). Sólo cabe pactar más de una interrupción diaria cuando el convenio colectivo así lo autorice.

–Está totalmente prohibido pactar o realizar horas extraordinarias (excepto las de fuerza mayor).

–Puede pactarse la realización de *horas complementarias* que, a pesar del parecido aparente con las horas extraordinarias, tienen un régimen totalmente distinto. Así:

a) Pueden pactarse en el contrato con sujeción a lo dispuesto en el artículo 12.5 del ET o en el convenio colectivo, si viniesen reguladas.

b) Son siempre voluntarias para el trabajador. Debe aclararse que lo voluntario es el pactarlas pero no su cumplimiento si se ha pactado, pues en ese caso es obligatorio para ambas partes. No obstante, el trabajador podrá renunciar a realizar las horas complementarias pactadas siempre que lo preavise con quince días de antelación y, además, se base su renuncia en las siguientes causas: cuidado del menor de seis años o familiar que necesite ayuda, en los términos del artículo 37.5 del ET; por incompatibilidad con otro trabajo a tiempo parcial, y por incompatibilidad con necesidades formativas si coinciden en el mismo horario.

–Se pueden pactar las horas complementarias al formalizar el contrato o con posterioridad (mediante un anexo al contrato inicial estableciendo la cláusula específica o utilizando el modelo oficial).

–No caben horas complementarias en los contratos a tiempo parcial de duración temporal, sino sólo en los de duración indefinida.

–Las horas complementarias pactadas no pueden exceder del 15% de las horas ordinarias del contrato a tiempo parcial, y la suma de ambas ha de ser inferior al límite de la jornada completa de un trabajador comparable.

–Puede pactarse su distribución, pero el trabajador deberá conocer la fecha de su realización con siete días

de antelación, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa.

–Lógicamente, la suma de las horas ordinarias y las complementarias en un mismo día han de respetar los límites de jornada así como la obligación de descansos establecidos en el ET o en la legislación especial (jornadas especiales).

–Se remunerarán como extraordinarias a los efectos de cotización a la Seguridad Social.

Los trabajadores a tiempo parcial tienen todos y los mismos derechos que los trabajadores a jornada completa, con la particularidad de que, los que sean susceptibles de ello, se disfrutarán en proporción a la jornada contratada.

Situaciones que pueden darse

Pactada en convenio la posibilidad de que el trabajador pidiese la contratación a tiempo completo no puede serle negada la misma como represalia. La discrecionalidad empresarial para la transformación de un contrato de tiempo parcial a tiempo completo a solicitud del trabajador no justifica conductas contrarias a los derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1997, de 6 de mayo).

–Son ilegales los contratos denominados “a llamada” en los que el empresario no se compromete a utilizar al trabajador más que cuando sea necesario (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001).

–La existencia de un pacto colectivo sobre la conversión de los trabajadores a tiempo parcial en trabajadores a tiempo completo vincula al empresario, pero no produce automáticamente dicha conversión. Para que ésta se produzca, es preciso que acepte voluntariamente el propio trabajador afectado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992).

–Si un contrato a tiempo parcial se formaliza bajo la modalidad de contrato temporal y no se especifica con claridad la causa de la temporalidad, el contrato se convierte en contrato por tiempo indefinido; pero ello no afecta a la duración de la jornada que seguirá siendo la pactada como a tiempo parcial (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995).

–La proporcionalidad en el disfrute de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial sólo debe aplicarse cuando la condición de trabajo lo permita (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1998).

–Si un trabajador a tiempo parcial decide jubilarse anticipadamente, a los 64 años, su sustituto deberá también ser trabajador a tiempo parcial (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002)

5. El contrato con extranjeros

Legislación aplicable

–Estatuto de los trabajadores, artículos 7 y 9.2.

–Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero.

–Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 4/2000.

–Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero (en su redacción de la Ley orgánica 8/2000).

–Real decreto 864/2001, de 20 de julio.

–Artículo 48 de la Ley 61/2003, “de acompañamiento”.

Al tratar las cuestiones que se suscitan en la contratación laboral con extranjeros, hay que diferenciar según sea la situación administrativa del extranjero.

Si se halla en posesión de los reglamentos-permisos de residencia (hoy profundamente modificado) y el de trabajo o “autorización administrativa”, su situación en cuanto a derechos y deberes no difiere en absoluto de la de los trabajadores españoles o de los comunitarios.

Los extranjeros gozan en España de igualdad de trato en el ejercicio del derecho al trabajo, y así viene reconocido en instrumentos internacionales que, suscritos por el Estado español, obligan con la fuerza de la legislación propia, por ejemplo en la Carta Social Europea, que impide dar a los *extranjeros legalizados* un trato menos favorable que a los nacionales propios. Tal precepto ha sido recogido en el Reglamento de extranjería y en las medidas antidiscriminatorias de los artículos 23 y 24 de la Ley orgánica 8/2000.

Son actos de discriminación cometidos por los empresarios:

–Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles para obtener bienes o servicios.

–Los que impongan *ilegítimamente* condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales.

–Los que perjudiquen *injustificadamente* a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia, etc., siempre que afecten a requisitos no esenciales para el desarrollo de una actividad laboral.

–Cualquier acción del empresario o sus representantes que produzca efecto perjudicial, discriminando, aun indirectamente, a los trabajadores por su condición de extranjeros.

Para acceder a un empleo los trabajadores extranjeros legalizados pueden inscribirse en las oficinas de empleo del INEM o a través de las agencias de colocación.

Para su inscripción como demandantes de empleo se utiliza el número de identidad de extranjero (NIE), que debe figurar en todos los documentos que se expidan o tramiten. Este número es personal, único y exclusivo.

Se permite la inscripción y permanencia en las oficinas de empleo a los titulares de los siguientes documentos, siempre y cuando estén vigentes:

a) Los titulares del permiso de trabajo tipo A con una duración superior a noventa días que implique la concesión de un permiso de residencia tipos B, b, C, D, d, E,

permanente, extraordinario y documento de identidad de los refugiados y de los familiares a quienes se les haya reconocido la extensión familiar para residir en España.

b) Quienes acrediten la solicitud de renovación de un permiso de residencia y sean titulares de los permisos b, B, y C ya caducados y un permiso de trabajo.

c) Los titulares de los permisos C y E durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración.

d) Los titulares de permisos permanentes o extraordinarios aunque hubiesen caducado las tarjetas que documentan dichas autorizaciones.

e) Quienes aporten una certificación expedida por las delegaciones del Gobierno o Dirección General de Ordenación de las Migraciones que acredite que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el Real decreto 155/1996 (haber sido español, ser hijo o nieto de español de origen, etcétera).

Los extranjeros mayores de 16 años que ejerzan o traten de ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán de cumplir, como norma general, los siguientes requisitos:

a) Encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

–Situación de estancia legal, cuando la permanencia no es superior a noventa días. Transcurrido ese tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia.

–Posesión del permiso de residencia temporal, si su duración es mayor de noventa días e inferior a cinco años. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero cuando acredite disponer de medios de vida suficientes para atender a los gastos de manutención y estancia de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia habiendo solicitado para ello las licencias o permisos correspondientes, tenga una oferta de contrato de trabajo a través de procedimiento reglamentariamente reconocido o sea beneficiario del derecho al reagrupamiento familiar.

–Igualmente, podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que en su momento hubiera obtenido tal permiso y no lo hubiera podido renovar, así como aquellos que acrediten una estancia ininterrumpida de cinco años en territorio español y cuenten con medios económicos para atender a su subsistencia.

–Se requiere, también, que el extranjero carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en territorio Schengen, ni en aquellos con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

–Residencia permanente, situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Tendrán derecho a la

residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

b) Estar en posesión del permiso de trabajo en caso de trabajadores por cuenta ajena o de autorización administrativa, en caso de trabajadores por cuenta propia.

Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deben solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La carencia de la autorización correspondiente para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

Los empleadores están obligados al pago de la *tasa* correspondiente a la autorización expedida al extranjero para trabajar por cuenta ajena en España y el propio trabajador cuando lo sea por cuenta propia. Será nulo todo pacto por el cual el trabajador por cuenta ajena asuma pagar total o parcialmente la tasa establecida.

Si el empleador incumpliere la obligación de solicitar el permiso, podrá el trabajador extranjero solicitar directamente la concesión de dicho permiso. En cualquier caso para la concesión inicial del permiso de trabajo se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

La duración del permiso de trabajo será inferior a cinco años, pudiendo ser limitada a un determinado territorio, sector o actividad.

Puede ser renovado si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial o cuando se cuenta con una nueva en los términos que se establezcan reglamentariamente. También cuando la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, hubiere otorgado una prestación contributiva de desempleo por el tiempo de duración de dicha prestación.

Igualmente, cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral, durante el plazo de duración de la misma.

A partir de la primera concesión, los permisos se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

Por tanto, y comparando el articulado de la nueva Ley orgánica 8/2000 con la anterior, se desprende que ha desaparecido el permiso de trabajo de carácter permanente al llegar a los cinco años a diferencia de la regulación anterior, que señalaba que transcurridos cinco

años desde la concesión del primer permiso de trabajo y las prórrogas correspondientes, el permiso será permanente.

Al igual que la anterior normativa, la Ley orgánica 8/2000 no establece efecto alguno respecto a la ausencia del permiso de trabajo. Se debe acudir por lo tanto a la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo ha llegado a la conclusión de que es nulo el contrato de trabajo celebrado con extranjeros sin permiso de trabajo, pudiendo producirse los distintos supuestos que han reseñado los profesores Ballester Pastos y Blasco Pellicer:

–El contrato de trabajo de un extranjero sin permiso de trabajo es nulo de pleno derecho.

–El contrato celebrado con un extranjero que tiene un permiso o autorización distinta al trabajo que se pretende realizar, se considera viciado de nulidad.

–La jurisprudencia no aprecia nulidad cuando el trabajo se ha realizado sin permiso, que ha sido solicitado, si se concede posteriormente, una vez iniciada la prestación laboral.

–Aunque el Tribunal Constitucional ha considerado que los contratos de trabajo o relación laboral en los que participa un extranjero sin permiso de trabajo son nulos de pleno derecho, pues, en este caso el extranjero carece de capacidad legal para trabajar (STC 197/1984, de 23 de noviembre), el Tribunal Supremo ha matizado que si bien la norma condiciona el ejercicio de una actividad laboral por los extranjeros a la concesión de los permisos, ello no entraña que los contratos suscritos sin ellos sean nulos, sino que tendrán validez hasta tal concesión, pues sólo en el supuesto de denegación es cuando puede estimarse dicha nulidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989).

Sin embargo, aunque sea nulo el contrato de trabajo celebrado con el trabajador desprovisto de los preceptivos permisos de trabajo y residencia, y en consecuencia éste carezca de legitimación para accionar un despido inexistente, mantendría su derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado.

Esta última afirmación ha quedado obsoleta y modificada profundamente por el artículo 36.3 de la Ley orgánica 8/2000, que ha tenido ya su reflejo en sentencias de los tribunales superiores, como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2002, a la que me referiré más ampliamente en epígrafes posteriores.

–La validez del contrato no desaparece por la expiración del permiso ya poseído pues el empresario, si le corresponde solicitar su renovación y no lo hace, no puede actuar de forma que transforme en nulo un contrato inicialmente válido (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de octubre de 1991). La misma sentencia aprecia la posibilidad de fraude de ley en la contratación de extranjeros (Ángela M.^a Martín Pascual. *El extranjero ante el mercado de trabajo*. Ministerio de Justicia, 2002).

El artículo 36.3 de la Ley orgánica 8/2000 establece que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero”. La expresión, poco afortunada, suscita dos posibles interpretaciones, según las consideraciones que realiza el magistrado del Tribunal Supremo Aurelio Desdentado Bonete:

1.^a Que el contrato de trabajo del extranjero sin permiso ya no sería nulo.

2.^a Que el contrato de trabajo es nulo, pero que la nulidad no afecta a los derechos ya devengados a favor del trabajador por la prestación de trabajo. ¿Qué derechos son éstos? Obviamente el salario por el trabajo realizado y la indemnización por despido. Precisamente en este aspecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia del 14 de mayo de 2002, legitima al trabajador extranjero carente de todo tipo de permisos que ha sido contratado o mejor, que ha prestado servicios para un empleador, para que pueda formular demanda por despido, y, declarado éste improcedente, condenó al empresario al pago de los salarios de tramitación y al abono de la indemnización legal sin permitirle el derecho de opción del artículo 56 del ET por razones obvias: no puede el empresario optar por la readmisión de un trabajador sin capacidad para contratar (artículo 7 del ET), perpetuando su situación de ilegalidad.

En materia de Seguridad Social, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de diciembre de 1998, estableció la obligación de cotizar por el extranjero irregular, lo que aunque se considere como una medida que trata de evitar un beneficio extra al empresario infractor, no deja de ser uno de tantos desajustes (no me atrevo a decir barbaridades) a que da lugar la legislación de extranjería en materia laboral y de Seguridad Social. El propio Desdentado Bonete explica éstas y otras incongruencias diciendo que se trata de otro caso de despiste provocado por la motorización legislativa: “La respuesta quizá la encontremos en la próxima Ley de acompañamiento o en la próxima Ley de extranjería. Así está el mundo del Derecho.”

Aun cuando no tenga una relación directa con el tema de este texto relativo a las cláusulas contractuales, reproduzco un artículo publicado en el diario *El Mundo* relativo al accidente de trabajo de extranjeros sin permiso y sus efectos a la luz de la última sentencia del Tribunal Supremo, por cuanto el alto tribunal deriva responsabilidades para el empleador infractor:

“La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 contempla el siguiente supuesto: un trabajador extranjero, de país no comunitario, que carece de permiso de residencia y de trabajo, sufrió un accidente laboral en mayo del 2000, mientras trabajaba para un

empresario conocedor de su situación de ilegalidad y que, lógicamente, no le había dado de alta en la Seguridad Social.

El trabajador accidentado solicitó ante la jurisdicción social tanto la asistencia sanitaria como el subsidio de IT por consecuencia de las lesiones sufridas, y que le habían sido denegadas por la entidad gestora."

Ante la ausencia de disposiciones legales que regulen específicamente este supuesto, el Tribunal Supremo bucea en la legislación vigente de protección frente al accidente de trabajo sufrido por un trabajador aunque no haya sido dado de alta en la Seguridad Social, y los derechos y libertades de los extranjeros en España. Así recoge los siguientes preceptos que une, a modo de mimbres, para justificar el derecho a la protección social solicitada:

a) El artículo 125.3 del TRLGSS cuando establece que "los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo [...] aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones" (de alta y/o cotización).

Ante la posibilidad de que se considere ese precepto sólo aplicable a los trabajadores que reúnan las condiciones legales para ser parte en el contrato de trabajo el Tribunal Supremo continúa:

b) La actual Ley de extranjería dispone en el artículo 36.3 de la Ley orgánica 8/2000 que "la carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero"; lo que, de entrada, le otorga la protección de su estatus de trabajador.

¿Alcanza esa protección a las prestaciones de la Seguridad Social? El artículo 57 de la Ley de extranjería establece que la sanción de expulsión no puede ser impuesta: "d) a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo", lo que, indudablemente, conduce a la posibilidad de que un trabajador extranjero en situación de ilegalidad pueda recibir la protección que dispensa la Seguridad Social (ser beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente por accidente de trabajo).

Ante la fundamentación de la sentencia comentada cabe concluir que el extranjero que, a pesar de carecer de los permisos de residencia y trabajo, esté trabajando en España, también se halla protegido no sólo para las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo sino para todas las prestaciones que el artículo 125 del TRLGSS reconoce como de alta de pleno derecho, como son las de asistencia sanitaria, desempleo y las derivadas de riesgo profesional. La responsabilidad sería, como en el artículo 126, para el empresario incumplidor sin per-

juicio del adelanto de la mutua que tenga suscrito documento asociativo con la empresa infractora, además de la responsabilidad subsidiaria que le correspondería al INSS. Todo ello sin perjuicio de que, como recoge el artículo 48 de la Ley de acompañamiento 61/2003 cuando se sancione a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización, la multa que se le imponga se incrementará con la cantidad que hubiera tenido que ingresar por las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que conste dicha prestación de servicios.

Correlación entre situaciones y derechos socio-laborales

Los que se hallan en situación de regularidad (permiso de residencia más permiso de trabajo) administrativa, gozan de los siguientes derechos:

- Asistencia sanitaria.
- Derecho de sindicación.
- Prestaciones no contributivas.
- Acceso al trabajo con oferta de empleo.
- Prestaciones contributivas.
- Derechos laborales.

Los que se hallan en situación de irregularidad laboral por tener permiso de residencia pero no permiso de trabajo, si a pesar de ello trabajan, tienen derecho a:

- Asistencia sanitaria.
- Prestaciones no contributivas.
- Acceso a un permiso de trabajo con oferta de empleo.
- Cobertura de accidentes laborales.

Los que se encuentran en situación de irregularidad laboral absoluta por no poseer ningún tipo de permiso pero trabajando ilegalmente, tienen derecho a:

- Asistencia sanitaria y prestaciones sociales básicas.
- Cobertura de accidentes laborales (M.^a Dolores Baldueza Blanco).

No existe lo que se ha dado en llamar precontrato con extranjeros que se hallan en situación de ilegalidad. Lo que puede haber es una oferta de colocación que obliga al empresario, una vez legalizado el extranjero, a contratarle. Mientras tanto no puede trabajar.

Cabe un contrato temporal sujeto a que se le *renueve* el permiso y que finalizará si el trabajador no lo obtiene (debe pedirlo el empresario).

Toda la regulación sobre derechos de los extranjeros será objeto de una nueva ley orgánica, que se publicará, casi con toda seguridad, en esta legislatura.

6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

De la lectura del artículo 41 del ET, que regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se desprende:

La modificación de las condiciones de trabajo (las que se recogen en las cláusulas del contrato, o las que ve-

nían aplicándose de hecho al trabajador con anterioridad a la modificación) ha de ser *sustancial*.

–Según la ley son sustanciales las que afectan a: jornada, horario, turnos, sistemas de remuneración o trabajo y funciones; pero no es una lista cerrada, pues también deben añadirse todas aquellas modificaciones que produzcan para el trabajador una penosidad o coste tan importante que le haga replantearse su continuidad. No siempre toda modificación que afecta a las condiciones enumeradas en el artículo 41 del ET es siempre sustancial (ni son todas las que están ni están todas las que son). Son interesantes a estos efectos la Sentencia del extinguido TCT de 20 de junio de 1986 (Aranzadi 5338), y la del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 20 de noviembre de 1992 (Aranzadi 4729).

–El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de diciembre de 1987 (Aranzadi 8822), considera modificación sustancial “aquella que no es baladí y que implique para los trabajadores una mayor onerosidad de sus prestaciones con un perjuicio comprobable.

A pesar de la dificultad de establecer una relación de qué modificaciones de condiciones de trabajo son o no sustanciales, se exponen algunos casos avalados por la jurisprudencia. Así:

–No lo es un cambio de horario de escasa trascendencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1987).

–No lo son las variaciones retributivas derivadas de movilidad funcional o que afecten a complementos vinculados al rendimiento cuando éste se ha reducido (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990).

–No lo son las modificaciones económicas que no afectan a la cuantía sino al procedimiento para su realización (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1997).

–Tampoco la variación de los criterios empresariales para establecer los aumentos salariales, no regulados en el convenio (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998).

–No lo es la revocación de un puesto de confianza (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1990).

Tampoco lo es el cambio de centro de trabajo que no implique cambio de residencia.

–No lo son las modificaciones derivadas de la pérdida de vigencia de la norma que lo establecía.

7. Miscelánea

En este espacio, como su mismo título indica, se tratarán cuestiones distintas sin nota en común pero cuya mención es importante para completar este trabajo sobre las peculiaridades en la contratación y en las relaciones entre el personal laboral (fundamentalmente temporal) y las administraciones públicas empleadoras.

1.º. *Contratos con las empresas de trabajo temporal (ETT)*

Cabe la posibilidad de que la Administración utilice para la contratación de personal laboral temporal la legislación sobre ETT (Ley 14/1994, de 1 de junio, y Real decreto 4/1995, de 13 de enero, que desarrolla la anterior). No obstante, solamente podrá acudir a esta modalidad de contratación cumpliendo los dos siguientes requisitos: uno formal, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción del artículo 3 del Real decreto 2720/1998; otro de fondo, como es el de que sea para la realización de *encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos* [artículo 197.1.3.e) de la Ley de contratos de las administraciones públicas, en su redacción dada por la de 1999].

2.º. *Limitación de aumentos salariales por sujeción a los presupuestos generales del Estado*

Afecta a todos los funcionarios y al personal laboral contratado por las administraciones públicas, lo que cuestiona la validez de los acuerdos sobre incrementos salariales pactados en contrato individual o en negociación colectiva como fuente legal. Afecta, además, a todas las partidas o conceptos, tanto salariales como no salariales (dietas, etc.) porque la limitación presupuestaria afecta a la *masa salarial*, de la que se nutren unos y otros conceptos.

Al respecto es significativa la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 21 de mayo de 2003, cuando dice:

“Cosa distinta lo constituyen las cortapisas de aumentos retributivos previstos en las leyes presupuestarias para el personal al servicio de las administraciones públicas, partiendo de las siguientes premisas: a) en principio no es que las retribuciones de aquel personal tengan que ajustarse sin más a las previsiones presupuestarias, pues lo lógico es que el principio sea al revés: que la Administración pública ajuste los consiguientes gastos presupuestarios a las remuneraciones previstas en la normativa o pactadas convencionalmente; b) pero hay que aceptar que, por consideraciones diversas, los correspondientes presupuestos limiten o establezcan cortapisas a los correspondientes aumentos retributivos. Lo refrenda así la consideración de que la aprobación de los consiguientes gastos públicos es competencia del poder legislativo, de indelegable atribución al mismo, ex artículo 134 y concordantes de la Constitución. Ha tenido que decirlo así en una bien reconocida ocasión la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de marzo de 2001, en que el convenio colectivo de la corporación municipal de Algeciras se había excedido, en el capítulo de remuneraciones, de los límites de incrementos presupuestarios).”

3.º. *Diferencias retributivas entre funcionarios y contratados laborales, aun cuando realicen la misma función*

Frente la apariencia de vulneración del principio constitucional recogido en el artículo 14 de la CE, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 20 de septiembre de 1993 (269/1993), y el Tribunal Supremo, Sala IV, en sentencias de 23 de julio de 1993 y de 18 de febrero de 1994, entre otras, ha considerado constitucionalmente válida la diferencia de retribuciones a funcionarios y laborales aunque desempeñen las mismas funciones porque: "La existencia de una regulación diferenciada entre funcionarios y trabajadores, de carácter administrativo la de los primeros y de naturaleza laboral la de los segundos, diversidad que justifica su distinto tratamiento [...]. No existe, pues, discriminación porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona al personal laboral pues es una diferencia justificada por el distinto régimen jurídico de unos y otros." Otra cosa distinta, y aquí sí prohibida, es la diferenciación retributiva entre laborales *fijos* y laborales *temporales* sólo por la duración de su contrato, cuando el régimen jurídico de su relación es el mismo.

En ese mismo razonamiento se funda la siguiente diferencia.

4.º. *Antigüedad (trienios)*

El artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, reconoció a favor de los funcionarios de carrera de las administraciones públicas la totalidad de los servicios prestados anteriormente a la constitución (o a su ingreso) de los cuerpos, escalas o plazas, así como los períodos de prácticas superadas para el acceso. Pues bien, numerosa jurisprudencia ha resuelto que dicha norma sólo es de aplicación al colectivo al que específicamente se refiere: los funcionarios de carrera, y no a los laborales, sin que tal distinción pueda ser tachada de inconstitucional (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de enero de 1997, que recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo).

El siguiente tema está relacionado con el anterior.

5.º. *Sucesión de contratos temporales y antigüedad de la relación así constituida*

En los supuestos en los que un trabajador está vinculado a una misma empresa, con independencia de la naturaleza pública o privada de la misma, por sucesivos contratos formulados bajo diversas modalidades de contratación temporal y por aquél se impugna su cese al vencimiento del último contrato o bien se pretende, vigente éste último, la declaración del carácter indefinido o de fijeza de su relación laboral, se ha planteado jurisprudencialmente la cuestión de si, a tales fines, debe examinarse exclusivamente la regularidad del último de los contratos o si el control de la regularidad debe extenderse a toda la serie contractual y, en tal caso, dentro de qué límites.

La respuesta jurisprudencial a estas cuestiones ha variado radicalmente en muy corto espacio de tiempo, como se refleja al analizar las siguientes orientaciones doctrinales:

a) La doctrina tradicional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había venido siendo la que debía examinarse toda la serie contractual, argumentándose que "el objeto del litigio no puede quedar limitado al examen de la validez del último contrato, como si hubiera sido el único suscrito, sino que, por el contrario, ha de examinarse la secuencia total de los sucesivos contratos, partiendo del inicialmente suscrito para comprobar si reúne los requisitos iniciales de validez" (sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 18 de mayo de 1992, de 20 de junio de 1992, de 29 de marzo de 1993, de 21 de septiembre de 1993 y de 3 de noviembre de 1993).

b) Luego, a partir, fundamentalmente, de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 3 de febrero de 1995, seguida por las sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 16 de mayo de 1994, de 23 de mayo de 1994 y de 24 de enero de 1996, se pasó a proclamar que el examen de regularidad de la contratación sucesiva debía limitarse sólo y exclusivamente al último de los contratos.

c) A principios del año 1997 se inicia el retorno a la doctrina tradicional, afirmándose, de nuevo, que debía analizarse toda la serie contractual siempre que entre la extinción de un contrato y el inicio de otro no hubieran transcurrido los veinte días establecidos como plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 5 de mayo de 1997), hasta, por último, a los pocos días, entender, en supuestos excepcionales, que el control de regularidad de toda la serie contractual no estaba tampoco limitado por el posible transcurso entre contratos del referido plazo de caducidad (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 17 de noviembre de 1997).

Hoy por hoy, la doctrina unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como se destaca en su citada Sentencia de 29 de mayo de 1997 (Recurso 4149/1996), se puede resumir así:

1) Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos.

2) Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad.

3) En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad para la acción de despido.

4) No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acreditan una actuación empresarial en frau-

de de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral.

En esta última línea jurisprudencial, de prescindir incluso de la interrupción por tiempo superior al plazo de caducidad de la acción de despido, es muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de abril de 1997, en la que se analiza una larga serie contractual, con interrupciones, en ocasiones, superiores a los dos meses, en unos casos sin contrato escrito, en otro, laboral, en otros administrativos, e incluso, en ocasiones, contratando las actoras la comunidad autónoma demandada mediante un denominado contrato de asistencia técnica para la ejecución de actividades a través de una comunidad de bienes de la que formaban parte. En dicha sentencia se proclama, además, que el que en alguna fase del tiempo que dura la relación contractual entre los litigantes, se le haya dado forma administrativa, ello no desvirtúa la naturaleza laboral de la relación, sólo refleja la utilización de un sistema totalmente irregular y *contra legem* de contratación, y que, cuando se realizó el contrato administrativo para la contratación temporal, la relación de las actoras con las comunidades autónomas ya era por tiempo indefinido, dado que el primer contrato concertado sin forma escrita ya era laboral, y no perdía dicha condición por la celebración de contratos posteriores sin solución de continuidad. Concluye la sentencia diciendo que las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes.

Podemos sintetizar la doctrina unificada en materia de contratación temporal sucesiva, en los siguientes principios:

a) En las series de contratos temporales sucesivos que responden a una misma relación laboral. Cuando cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia con carácter necesario, la relación laboral *deviene indefinida*, cualquiera que sea el contrato temporal entre los celebrados, el defectuoso.

b) Las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes. (Fernando Salinas Molina, *L'Administració com a empresari*, Consejo General del Poder Judicial y Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada).

6.º. *El período de prueba en los contratos temporales*

Son de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 14 del ET, y las variaciones que se establezcan en los convenios colectivos de los entes locales con sus trabajadores. No obstante, hay que resaltar un contrasentido en la aplicación del período de prueba en contratos en los que la Administración, si sigue el procedimiento

legal, ha realizado ya unas pruebas al trabajador para su selección (oferta pública) que debiera garantizar su aptitud para el puesto de trabajo. Ello no obstante, y aunque en la convocatoria no se haya hecho mención de la incorporación de un período de prueba, puede establecerse éste en el correspondiente contrato. Téngase en cuenta que si no se pacta expresamente no puede exigirse un período de prueba.

7.º. *La promoción profesional del personal laboral de las administraciones públicas*

La promoción interna o de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso se regirá por sus convenios colectivos, o su normativa específica. Así, se estará al procedimiento de promoción de vacantes del artículo 29.2 del Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado. También en esta materia vuelve a ser instrumento decisivo el catálogo y relación de puestos de trabajo, al contemplar la totalidad de los puestos, ubicación, grupos profesionales, categorías, especialidades, etc. (Ricardo Bodas Martín, misma obra citada).

8.º. *El despido disciplinario*

Rige para la Administración como empresaria todo lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 56 del ET en su actual versión, cuyo desarrollo se contempla en la segunda parte de este trabajo, a la que me remito.

9.º. *Extinción del contrato laboral por causas objetivas (artículos 51 y 52 del ET)*

A diferencia de lo que sucede con el despido disciplinario, en el que apenas existe particularidad alguna por el hecho de ser la Administración la empleadora, en los casos de extinción o despido por causas objetivas resulta una mayor complejidad, por cuanto la finalidad de esta medida extintiva está en el mantenimiento de la empresa en el mercado (y a través de ello, el mantenimiento del mayor número posible de trabajadores de la plantilla), y esa finalidad difícilmente casa con la de la Administración pública. No obstante, pueden aplicarse los medios de extinción de los contratos laborales regulada en los artículos 51 y 52 del ET por parte de los ayuntamientos, pero de forma muy restrictiva por cuanto los ingresos económicos del ente local no dependen de la venta de productos o servicios en el mercado sujetos a reglas de competencia, y porque los ayuntamientos pueden y deben prestar servicios, aunque sean deficitarios, por razones de utilidad pública que los justifiquen.

La Sala IV del Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de marzo de 1999, examinando un supuesto de un contrato de trabajo tras declarar la nulidad del concurso público por el que un colectivo había accedido a la colocación, entendió que se trataba de un supuesto de fuerza mayor del artículo 51.12 del ET, que debía instrumentarse siguiendo el procedimiento de despido colectivo del artículo 51, si la extinción es colectiva, o del 53 del

mismo texto, si la extinción es individual o plural no colectiva.

10.º. Comentario a una sentencia

Por último, no me resisto a citar una sentencia salomónica cuya crítica, favorable o desfavorable, dejo al lector:

“La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de octubre de 1991, con base en las del Tribunal Supremo de 10 de marzo y de 21 de septiembre de 1987, y de 14 de enero de 1988, expone que ante la alegación de fraude que hace el trabajador respecto a su contratación temporal por la Administración, podría ser de aplicación el principio de compensación de culpas o de fraudes que se deduce del artículo 1306 del Código civil en el sentido de que el fraude presunto de la Administración pública al utilizar la modalidad de contratación temporal (que en cualquier caso precisa ser probado por la actora) se compensaría con el del actor, que pretende acceder a un puesto fijo en dicha Administración por sentencia saltándose los sistemas ordinarios de provisión de puestos, contra los legítimos intereses que podrían tener terceras personas en concurrir a la provisión de tal puesto en libre competencia con el actor.” ■