
La contratación laboral en las administraciones públicas

Jacobo Quintans García

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

- 1. Principios constitucionales que presiden el sistema de selección de personal laboral**
- 2. Normativa aplicable y cuestiones de competencia**
- 3. Desarrollo de los procesos selectivos. Procedimientos**
- 4. Igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en la provisión de puestos de trabajo**
- 5. Personal laboral**
- 6. Personal eventual**
- 7. Personal directivo profesional**
- 8. Contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los trabajadores (E.T.) y Real decreto 2720/1998**
 - 8.1. Contrato por obra o servicio determinado
 - 8.1.1. Formalización.
 - 8.1.2. Cuestiones que se suscitan.
 - 8.1.3. Especial referencia a los contratos por obra o servicio determinado, vinculados a subvenciones de otras administraciones públicas
 - 8.2. Contrato eventual por razones de la producción
 - 8.2.1. Normativa.
 - 8.2.2. Formalización.
 - 8.2.3. Cláusulas principales.
 - 8.2.4. Situaciones que pueden darse
 - 8.3. Diferencias entre los contratos temporales y los fijos discontinuos
 - 8.4. Contrato de sustitución por interinidad y por vacante
 - 8.4.1. Formalización.
 - 8.4.2. Contrato de interinidad formalizado por las administraciones públicas
 - 8.5. Contratos formativos
 - 8.5.1. Contrato en prácticas.
 - 8.5.2. Contrato para la formación
 - 8.6. Contrato a tiempo parcial
 - 8.6.1. Características.
 - 8.6.2. Cláusulas principales.
 - 8.6.3. Situaciones que pueden darse
 - 8.7. Prohibición de la concatenación de contratos temporales

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 E.T.

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 (Ricarod Bodas Martín - *Cuadernos de Derecho Judicial*).

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 pueden 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.

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 del 88, 18 de julio del 89, y 11 y 18 de marzo del 91, entre otras).

Así las cosas se publica el Estatuto básico del empleado público (EBEP) por Ley 7/2007 de 12 de abril. Se completa así el tríptico de la legislación básica de todos los trabajadores de este país: a) El Estatuto de los trabajadores aprobado por Real decreto ley 1/1995 de 24 de marzo, para los trabajadores por cuenta ajena. b) El Estatuto del trabajo autónomo, aprobado por Ley 20/2007 de 11 de julio, para los trabajadores que realicen una actividad económica o profesional por cuenta propia, y c) el citado Estatuto básico del empleado público, para el empleo público.

Siguiendo a Jesús Chamorro González, se comenta lo que ha supuesto esta nueva regulación, a desarrollar, para los principios que deben presidir, el procedimiento a seguir, las formas de esa contratación, y los efectos que implica la utilización fraudulenta de la contratación laboral, contratación excepcional, tratándose de la Administración como empleadora.

La Ley 7/2007, no acaba de aportar soluciones eficientes a estos y otros problemas. Así, por ejemplo, se complica aún más la delimitación entre puestos de trabajo de carácter funcional y de carácter laboral. El

artículo 15 de la Ley 30/1984, aun lejos de colmar las exigencias de claridad que se precisan para interpretar la norma, incorporaba una ejemplificación de supuestos de relaciones netamente laborales, que podían ser integradas y completadas analógicamente. Ahora, el artículo 9 del nuevo estatuto acude a la cláusula general del ejercicio de potestades públicas como criterio de delimitación. No son pocos los litigios en los que, por ejemplo, se discute la naturaleza del vínculo de un arquitecto municipal que ejerce funciones de asesoramiento a quien ostenta cargo público otorgando o denegando licencias, y además realiza proyectos de obras municipales ocupando una plaza de laboral. O también el supuesto del auxiliar de Policía Local que es contratado laboralmente durante épocas estivales sin que porte armas, pero que sí que regula el tráfico impartiendo órdenes verbales.

En definitiva, no estamos ante un problema de orden menor, que pudo y debió haber sido atajado de manera más eficaz.

En el ámbito de las relaciones laborales, las remisiones de la Ley 7/2007, siempre son, porque no puede ser de otra manera, a la normativa laboral (artículos 7 y 11).

Pero centrándonos en el tema que nos ocupa, el acceso al empleo público, especialmente del personal laboral, el Informe de la Comisión para la preparación del EBEP realizó un diagnóstico general de la situación, señalando que en muchos procedimientos de selección los principios constitucionales se respetan con rigor e implícitamente se acepta que las normas legales y reglamentarias son las adecuadas. Pero también se afirma que en otros muchos casos, que no son precisamente excepcionales, no se adoptan las garantías exigibles de igualdad entre los candidatos. Se hace especial hincapié en que ha aumentado el porcentaje del personal laboral así como la tasa de temporalidad, ya que la selección de interinos y contratados laborales así como de personal temporal es mucho menos rigurosa que la del personal estrictamente funcional. Además, a juicio del Informe, se procura por medios más ventajosos el posterior salto a la obtención de la condición de personal funcional o contratado laboral fijo, todo ello con grave afeción de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En muchas ocasiones hasta se persiguen estos objetivos con el apoyo de los sindicatos. Para el Informe se está poniendo seriamente en cuestión el sistema constitucional de garantías en relación con el acceso al empleo público.

1. Principios constitucionales que presiden el sistema de selección de personal laboral

El acceso al empleo público, está presidido por las normas o principios que en la Constitución fijan las pautas de esa selección. Así, cuando una Administración pública, cuya principal razón de ser es precisamente tutelar el interés general concreto que le está encomendado, se provee de personal para el despliegue de su actividad y por tanto para el logro de su finalidad, debe buscar aquellos perfiles que mejor se adecuen a la consecución de lo previsto, optimizando así el interés general encomendado. En ese sentido, véase la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009, en un supuesto en que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ordenó la retroacción de actuaciones, y que el Tribunal Calificador en las pruebas de acceso al Cuerpo Superior autonómico fuera auxiliado por expertos en la lengua exigida. En relación con el recurso del opositor, sostiene el Alto Tribunal que un análisis del contenido de la sentencia de instancia revela que la misma entra a conocer de la adecuación de la exigencia de un examen de idiomas a la cualidad de la función a desarrollar, rechazando que se exijan unos conocimientos que no guarden relación con la función a desempeñar. En relación con el recurso de la Comunidad Autónoma, la previsión de la sentencia de instancia de que el nivel exigible no supere el necesario para el desempeño de la función, no supone una sustitución de la Administración ni del Tribunal Calificador, sino que determina que este no es libre para establecer el nivel de exigencia que tenga por conveniente, sino solo el adecuado a la función a desempeñar, siendo así que la sentencia debe ser confirmada al haber reducido la discrecionalidad mediante el control de razonabilidad.

El mérito y la capacidad deben presidir ese proceso de selección encaminado a esa optimización, contando con los más capaces de los candidatos.

Además el principio de igualdad se concreta en este ámbito exigiendo que no puedan existir preferencias que no se basen en ese mérito y capacidad contrastados. En esos términos se expresan los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. Idénticas previsiones contiene el artículo 55 del EBEP, que añade la transparencia y publicidad de los procesos selectivos, aspectos íntimamente relacionados con los anteriores.

La jurisprudencia de nuestros más altos tribunales se ha hecho eco de estas previsiones, sirviendo de

lógico fundamento de muchas de sus resoluciones. Citemos solamente la sentencia del Tribunal Constitucional 30/2008, de 25 de febrero, o la sentencia de 13 de julio de 2009.

Es necesario destacar cómo el ya citado artículo 55 del EBEP, se refiere a la aplicación de esos principios, no solo a los procedimientos que tengan por objeto la selección de personal funcional, sino también al laboral, y así lo señala expresamente, al igual que lo hacía el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. La jurisprudencia también ha entendido, en buena lógica, la exigencia de atender a estos principios en los procesos de selección de personal laboral, y así cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999.

Sin embargo y en relación al principio de igualdad en el acceso a la función pública, y a la posibilidad de utilizar la vía privilegiada del amparo constitucional en la defensa de este derecho, el Tribunal Constitucional ha entendido que no es la apropiada para los supuestos en los que se entienda conculcado el derecho si el proceso selectivo lo es para el acceso de personal laboral, al respecto citaremos los autos 873/1985 y 880/1985.

2. Normativa aplicable y cuestiones de competencia

La normativa que regula el acceso al empleo público se centra en la normativa de rango constitucional y en el EBEP, concretamente los preceptos contenidos en su título IV, que aunque lleva por rúbrica "Adquisición y pérdida de la relación de servicio", lo cual pudiere llevar a pensar que se centra en la relación funcional, sin embargo la realidad es que los preceptos que integran la rúbrica también se refieren, en muchas ocasiones, a la selección de personal laboral. Sin duda también esta normativa de carácter básico, y que el propio EBEP invoca en su disposición final primera, y en concreto el artículo 149.7, en relación con la regulación del personal laboral a servicio de las administraciones públicas, podrá ser objeto de desarrollo por las leyes de las comunidades autónomas y del propio Estado en relación a su personal. Así lo prevé el artículo 6 del EBEP con carácter general, además de las remisiones específicas, por ejemplo la del artículo 56 apartados 2 y 3.

Han de tenerse en cuenta además, mientras no sea desarrollado reglamentariamente el EBEP, las previsiones

del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, en lo que no contradiga la Ley. Este Reglamento estatal, también es aplicable supletoriamente al resto de las administraciones públicas, según prevé su artículo 1.3.

El título II de este Reglamento lleva por rúbrica “La selección del personal laboral”.

Las bases de las correspondientes convocatorias de acceso también deberán incorporar las concretas previsiones que regirán cada proceso selectivo, y que serán la “ley del concurso”, y una vez dictadas y firmes no podrán ser cuestionadas, siendo vinculantes para la Administración, para las comisiones de selección y para los aspirantes (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 y 14 de enero de 2008. También sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo de 1 de marzo de 2002).

Es precisamente la normativa anteriormente expuesta la que justifica que el conocimiento del control de la legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas en relación con la selección del personal laboral se encomiende al conocimiento de los órganos que integran la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, no es difícil concluir que tanto las normas como los principios que rigen los procedimientos de selección del personal al servicio público, son normas de Derecho Público, normas que tratan de tutelar de manera especial el interés general.

El artículo 9.4 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ) atribuye a ese orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones sujetas a Derecho Administrativo, previsión que repite el artículo 1 de la Ley jurisdiccional.

No cabe duda que la relación laboral, aunque la empleadora sea una Administración pública, debe ser objeto de control de legalidad por los órganos judiciales del orden social. Sin embargo, en relación al acceso, estaríamos ante una suerte de acto separable regido por el Derecho Administrativo sin perjuicio que el resto de las vicisitudes de la relación laboral sean objeto de conocimiento por la jurisdicción social. Esto incluye la propia promoción interna del personal laboral según la conocida sentencia de la Sala Tercera, dictada en un recurso de casación en interés de ley de fecha 22 de julio de 2003, en la que se razona:

“1º. La STS de la Sala 4ª de 23 de junio de 1997, al resolver el recurso de casación nº 1760/96 señala que la atribución de competencias a los Tribunales del orden contencioso-administrativo se realiza en el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que les confía la resolución de «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y a las disposiciones reglamentarias». En desarrollo de ambos mandatos, el art. 3, a) de la Ley de Procedimiento Laboral excluye de la rama social de la jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en materia laboral. Y ha entendido la doctrina científica que tales actos sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, pueden agruparse en tres grupos: sanciones, autorizaciones y actividad reglamentaria.

“El criterio expuesto no contradice el manifestado en las Sentencias de esta Sala de 21 julio 1992, 11 marzo y 10 noviembre 1993, resoluciones que atribuyeron a la rama contencioso-administrativa de la jurisdicción las reclamaciones contra las decisiones de la Administración en relación con las convocatorias para la provisión de plazas laborales con trabajadores de nuevo ingreso. En dichos casos, no existiendo contrato entre las partes, ni pacto colectivo determinante de la convocatoria, la actuación de la Administración para proveer las vacantes se rige por normas de Derecho Administrativo.

“2º. La STS, Sala Cuarta, de 17 de febrero de 1998 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1297/97 declara que el orden jurisdiccional social no es competente para resolver las incidencias que surjan de una convocatoria de un órgano de la Administración Pública para acceso desde el exterior a plazas laborales de la entidad, y ello por las siguientes razones:

“1. No es discutible que estamos ante una materia laboral, pues las plazas que se convocan tienen este carácter. Pero la materia, sobre la que versa la actuación de la Administración, no resulta decisiva a este respecto, ya que hay que atender al carácter del acto y la naturaleza de su regulación. El art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, al establecer la exclusión, se refiere a los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo en materia laboral. La convocatoria para la provisión de plazas laborales de nuevo ingreso aparece como un acto de estas características, y, concretamente,

su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

“2. Mientras que en las convocatorias de promoción interna la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, no sucede lo mismo con las convocatorias de nuevo ingreso.

“En este caso, aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

“3º. El criterio reiterado por la Sala Cuarta de este Tribunal a partir de la sentencia de la Sala General del 21 de junio de 1992, de las que son ejemplo, entre otras, las sentencias del 11 de marzo y 10 de noviembre de 1993, citadas en la de 15 de octubre de 1997, consiste en subrayar que el órgano competente para el conocimiento de las incidencias que surjan en la convocatoria de un órgano de la Administración Pública, para el acceso al exterior a plazas laborales es el Contencioso Administrativo. Así se desprende, como expresa la sentencia de la Sala General, ‘de la naturaleza del acto, de sus destinatarios y de la regulación contenida en la Ley 30/1984 y en el R.D. 2233/1984. Este último distingue entre las convocatorias para el personal de nuevo ingreso, que se someten a lo previsto en los Títulos I y III del Real Decreto y a los criterios generales de selección que se fijen por el Ministerio de la Presidencia (artículo 25), y los sistemas de promoción interna y de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso, a los que no es aplicable la regulación del Reglamento General, rigiéndose por sus Reglamentaciones específicas o los Convenios Colectivos en vigor (artículo 24.2)’.”

Sin embargo de nuevo el EBEP parece mover los cimientos de esta jurisprudencia, al sostener en su disposición adicional primera que los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica, lo que parece situarnos de nuevo en actos separables sometidos al Derecho Administrativo con la

necesidad de aplicar en estos casos las mismas consecuencias ya expuestas para el resto de los casos.

Una vez resulta la jurisdicción contencioso-administrativa la competente, hemos de determinar la competencia material u objetiva dentro de los órganos judiciales que integran este orden, especialmente entre salas territoriales y juzgados.

Tras la reforma operada en la Ley jurisdiccional por la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, hemos de señalar que el control de todas las actuaciones administrativas, excepto disposiciones generales, en materia de acceso al empleo público, está atribuido al conocimiento de los juzgados de lo contencioso-administrativo cuando estas emanan de las entidades que conforman la Administración local, artículo 8.1 de la Ley jurisdiccional, y lo mismo acontece cuando se trata de entes públicos de carácter instrumental, que no tengan competencia en todo el territorio nacional, artículo 8.3. En el caso de actos emanados de las comunidades autónomas, salvo que provengan del Consejo de Gobierno, que no será lo habitual, también el conocimiento corresponde a los juzgados de este orden, ya que el artículo 8.2 reserva a las salas las cuestiones que afecten exclusivamente al inicio de la relación funcional, a las que el Tribunal Supremo ha asimilado el inicio de la relación del personal estatutario fijo, Auto de 22 de mayo de 2008.

Por lo que respecta a la modalidad procesal por la que han de tramitarse estas pretensiones, también tras la reforma operada en el artículo 78 de la Ley jurisdiccional, el procedimiento abreviado seguirá siendo el cauce procesal a seguir ante los juzgados.

3. Desarrollo de los procesos selectivos. Procedimientos

La ordenación de los procesos de selección tanto de personal funcional como laboral tiene que materializarse a través de un instrumento en que, conforme al principio de legalidad y de vinculación positiva de las administraciones públicas a la legalidad, se establezcan los perfiles que han de buscarse y alcanzar con el proceso de selección que se pone en marcha. El artículo 61 del EBEP se refiere indirectamente a las convocatorias y a las bases que estas han de contener, y donde se diseña, en pleno ejercicio de las potestades de autoorganización, el proceso selectivo, fijando, entre

otras cosas, plazos, órganos de selección, sistema, baremos, etc. Así se reitera también en los artículos 28 y 29 del Real decreto 340/1995. La naturaleza jurídica de estas bases es la de actos administrativos y no de disposiciones de carácter general, y así lo ha señalado el Tribunal Supremo, valgan por todas la sentencia de 18 de julio de 2003 y la de 17 de enero de 2008. Su impugnación ha de realizarse por tanto de forma directa y no cabe la impugnación indirecta, siendo así que de no reaccionarse en tiempo y forma serán actos firmes y consentidos. No obstante, el Tribunal Constitucional modula este carácter de firme y consentido de este tipo de actuaciones, señalando que, cuando existe una infracción de derechos fundamentales, sería posible poner en marcha remedios procesales frente a estos actos firmes –se refiere en concreto a las convocatorias de acceso–. Son ejemplo de esta línea las sentencias 193/1987, 93/1995, 107/1998 y 167/1998, entre otras.

Los requisitos concretos de cada convocatoria se fijarán en las correspondientes bases de acuerdo con las plazas convocadas. El artículo 56 del EBEP establece unos requisitos generales que parecen estar pensando en el personal funcional. Así, por ejemplo, la exigencia de la nacionalidad española que establece este precepto es dejada sin efecto en el artículo 57.4, cuando señala que los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las administraciones públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 17 de mayo de 2005 obliga a reconocer la experiencia obtenida en una Administración de un Estado miembro como objeto de la misma valoración que la del Estado convocante, lógicamente en casos asimilables.

En relación con la separación del servicio o inhabilitación como causas de exclusión, existe una deficiente regulación en la Ley en relación con el personal laboral, ya que las previsiones del artículo 56.1.d) parecen estar pensadas para funcionarios públicos. No obstante, el artículo 96.1.b) establece que el despido disciplinario del personal laboral, solo podrá servir para sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. No parece que hubiera problema para celebrar posteriormente un contrato con

funciones diferentes, ni tampoco participar en un proceso selectivo para personal funcional.

Especial mención merecen las previsiones que se refieren a la composición de las comisiones de selección.

Por lo pronto el artículo 60 prohíbe que se trate de un órgano unipersonal, debiendo tener necesariamente la condición de órgano colegiado, cualquiera que sea la clase de personal que persiga reclutar. Su funcionamiento se regulará por las normas de la Ley 30/1992 en relación con los órganos colegiados. Literalmente señala que los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá a la paridad entre mujer y hombre.

El apartado tercero de este precepto prevé que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse esta en representación o por cuenta de nadie. Esto supone que los miembros de estas comisiones de selección no podrán estar designados a instancia de un sindicato, partido político, organización colegial, etc. Tampoco se prohíbe su pertenencia a una de estas corporaciones, pero su designación ha de responder a parámetros exclusivamente de profesionalidad y de especialización. Se trata de prevenir cualquier tentación de clientelismo del tipo que sea. A nuestro juicio, se trata de una norma de *ius cogens* que convierte en inaplicable cualquier acuerdo o norma de rango inferior que pueda contener normas que la contradigan.

El apartado segundo del artículo 60 prevé que el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección. Nada dice en relación al personal laboral temporal, pero parece claro que habría que estarse a su aplicación analógica.

La sentencia del Tribunal Constitucional 85/1983, de 25 de octubre, ya señalaba que el régimen de las comisiones de selección debe garantizar la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea suficiente para realizar la función seleccionadora. La sentencia de la Sala de Cáceres de 7 de mayo de 2001 considera posible la presencia de representantes sindicales durante el proceso selectivo en calidad de observadores.

Sin embargo hay que destacar cómo el artículo 31.6 del EBEP, establece que las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública están

legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección, por lo que parece que viene a compensarse con este reconocimiento de legitimación activa procesal, aquella ausencia en los órganos de selección.

También se podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, artículo 61.4, pudiéndose encomendar estas funciones a los institutos o escuelas de Administración pública. Todo esto parece dejar sin efecto la previsión del artículo 30 del Real decreto 364/1995, que preveía que los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores. Quizás la previsión del número impar de componentes esté vigente para facilitar la adopción de acuerdos.

Por lo que se refiere a los sistemas de selección, el EBEP sin duda introduce novedades que afectan también a la recluta del personal laboral. Así el artículo 61, que se ocupa de esta cuestión, comienza recordando la libre concurrencia y carácter abierto de los procesos selectivos, lo que conlleva la necesaria publicidad de las convocatorias. A este respecto, el artículo 30 del ya citado Real decreto 364/1995 establece la necesidad de que las convocatorias sean publicadas en los periódicos oficiales. Se refiere en concreto a que esta publicidad alcanzara, al menos, el número de plazas y el lugar donde consultar las bases. La jurisprudencia en este sentido no sigue una línea uniforme. Con carácter general se exige esa publicidad oficial, incluso en los supuestos de contratación temporal de interinos, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008. Otras sentencias son menos estrictas cuando se trata de la contratación de personal laboral y se acredita la urgencia, lo que haría suficiente una publicidad por edictos (sentencia de la Sala de Oviedo de 27 de enero de 2005). También se ha cuestionado la publicación en páginas web o incluso la contratación a través de los servicios públicos de empleo.

Los procesos selectivos deberán cuidar especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas, lo que se relaciona directamente con la optimización del interés general, que era el fin último de la actividad

administrativa encaminada a la selección de empleados públicos.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

Los procesos selectivos también pueden incluir, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, pero en estos casos, solo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará por sí misma, en ningún caso, el resultado del proceso selectivo. Tampoco se pueden enmascarar como pruebas prácticas las que son claramente teóricas. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de marzo de 2009, se refiere a la imposibilidad de considerar prueba práctica un test sobre conocimientos teóricos.

En relación con los sistemas de selección existe en el EBEP una línea nítida que separa los procedimientos para seleccionar al personal funcionario y al personal laboral. El apartado 6 del artículo 61 señala que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición, que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. A continuación añade que solo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

Sin embargo, los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos. Es decir, en relación con este personal se amplía el abanico de sistemas, al entender que también el concurso, por sí solo, puede servir como procedimiento.

Es muy posible que la clave de esta diferencia esté en el perfil de las plazas de funcionario en relación con las del personal laboral, que el artículo 9 del EBEP cifra en atribuir a los funcionarios públicos, con carácter exclusivo, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado, lo que hace que tengan un perfil mucho más técnico, que exige contrastar la existencia de unos conocimientos teóricos, para lo que el sistema de concurso es menos fiable.

El artículo 61 contiene una previsión en relación a la selección del personal laboral que resulta un tanto confusa, y en la que se dice que las administraciones públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos. Se trata de una previsión que ha sido objeto de bastantes críticas en la medida que el Informe de la Comisión ya referido, apuntó en la dirección de que habría que huir de clientelismo en los procesos de acceso al empleo público. En esa línea se sitúa la desaparición de la composición representativa de las comisiones de selección. Sin embargo continúa, aunque solamente en relación al personal laboral, esta previsión que comentamos y que en ocasiones puede entrar en pugna con los principios que presiden la selección de los empleados públicos. En todo caso la previsión se queda en una posibilidad de negociación.

4. Igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en la provisión de puestos de trabajo

Sabido es que en materia de acceso al empleo público son de plena aplicación las previsiones de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, que introducen los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a este tipo de funciones, por razón precisamente de tratar de buscar los perfiles que mejor se adapten a una mayor optimización de quienes van a desarrollar esas funciones públicas. Es esta una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia, valga citar por todas la sentencia del Tribunal Constitucional 121/2008, de 15 de octubre, o la del Tribunal Supremo de 17 de septiembre también de 2008.

Nuestra legislación de desarrollo, tanto la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, así como las leyes autonómicas de la función pública, han tratado de ahondar en estos principios constitucionales, incentivando medidas que neutralicen eventuales dificultades y obstáculos en el acceso, provisión de puestos, promoción funcional, y conciliación de la vida profesional y familiar, siempre desde la perspectiva de una adecuada satisfacción del interés público, al que, según el artículo 103 de la Constitución, sirven con objetividad las administraciones públicas, y considerando además

los principios constitucionales que garantizan aquella igualdad con carácter general.

El estudio “La situación profesional de las mujeres en las Administraciones Públicas”, difundido por el Instituto de la Mujer en 2004, señalaba que en el período que va desde 1987 a 2004, el empleo público ha crecido en España un 48%, siendo así que un 87% de los puestos de trabajo creados en el sector público han sido ocupados por mujeres, absorbiendo el sector público una cuarta parte del incremento total del empleo asalariado femenino.

La Ley orgánica 3/2007 y el EBEP se cuidan de huir de fórmulas que impongan en materia de acceso al empleo público normas de discriminación positiva que pudieran suponer una afección a las previsiones constitucionales en la materia, y ciertamente no introducen mandato imperativo alguno al respecto. No pueden existir acciones positivas que puedan implicar un sacrificio excesivo ni desproporcionado del principio de mérito y capacidad. La jurisprudencia comunitaria y constitucional insisten en esa proporcionalidad y racionalidad de las medidas de discriminación positiva.

Los apartados a), c) y d) del artículo 51 establecen principios referidos al acceso al empleo público, precepto que tiene carácter básico conforme señala la disposición final primera de la Ley.

Existen en nuestra jurisprudencia ordinaria ejemplos de resoluciones que afrontan esta cuestión. Así la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de abril de 2004, relativa a una impugnación de las bases que regulan el acceso a cuatro plazas de inspector de los Mossos d'Esquadra. Se plantea en esta sentencia el problema de la exigencia de distintos requisitos en relación a las condiciones físicas, según que los aspirantes a las plazas convocadas sean hombres o mujeres, distinción que alcanza no solo a las marcas mínimas que deben alcanzar quienes concurren al proceso selectivo, sino también a la altura mínima exigible.

La sentencia aborda la cuestión relacionándola directamente con el contenido sustantivo de las funciones a desarrollar, proyectando sobre ellas la distinción expuesta en relación con las condiciones a cumplir por hombres y mujeres, lógicamente desde la perspectiva de una adecuada satisfacción del interés general que se pretende alcanzar con la convocatoria litigiosa. En similar sentido podemos situar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de febrero de 2008.

No obstante, sí que, desde el punto de vista del acceso, el artículo 53 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, señala que todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo, se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos. Esa voluntad de presencia equilibrada en los denominados comúnmente como tribunales de selección no es nueva en nuestro ordenamiento, puesto que el artículo 4.f) del Real decreto 121/2005, de 4 de febrero, por el que se aprobaba la oferta de empleo público en el ámbito del Estado, ya preveía esa composición paritaria.

Es necesario destacar que la Ley orgánica 3/2007 señala que la presencia equilibrada en los tribunales de selección se satisfará con una presencia de un 40% de mujeres, según lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley. Parece que el EBEP, artículo 60.1, va más allá que la Ley de igualdad, ya que se refiere a una composición paritaria entre hombres y mujeres en estos órganos de selección. Se manifiesta aquí una clara contradicción fruto de una deficiente técnica legislativa, al tratarse, como ya hemos dicho, de dos normas que siguieron trámites parlamentarios casi simultáneos.

Las dudas y contradicciones quizás se puedan salvar acudiendo a la norma especial en materia de igualdad, la Ley orgánica 3/2007, lo que nos permitiría la aplicación de un criterio más flexible y abierto que el del EBEP.

Todo lo anterior no supone que se deba dejar de lado la norma que regula el acceso a la función pública, y que de momento es la que completa la exigua regulación del EBEP. Nos referimos al Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Este Reglamento estatal, también es aplicable supletoriamente al resto de las administraciones

públicas, según prevé su artículo 1.3. En él se recogen algunas de las condiciones que deben reunir los miembros de los órganos de selección, para garantizar así el mérito y capacidad en los procesos selectivos, lo que supone su necesaria aplicación para satisfacer el modelo constitucional. El artículo 12.3 señala que las comisiones permanentes de selección estarán constituidas por un número impar de miembros, funcionarios de carrera, con nivel de titulación igual o superior al del Cuerpo o Escala en cuya selección vayan a intervenir, que serán designados libremente de acuerdo con lo previsto en la Orden ministerial por la que se creen tales comisiones y en su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. Por su parte el 13 en sus apartados 1, 2 y 3, prevé que los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo o Escala objeto de la selección, salvo las peculiaridades contenidas en las normas específicas a que se refiere el artículo 1.2 de este Reglamento. No podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria. Los tribunales y las comisiones permanentes de selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas.

Ciertamente, el artículo 61 del EBEP recoge en su apartado primero que los órganos de selección deberán velar por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidad entre sexos, precepto no solo absolutamente respetuoso con el modelo constitucional de acceso, sino que se ubica en su centro neurálgico, al neutralizar cualquier discriminación por razón del sexo.

Las leyes autonómicas también habían asumido esta presencia equilibrada en los tribunales, así podemos citar la Ley 4/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, para la igualdad de hombres y mujeres, que establecía una exigencia de un mínimo de un 40% de personas de cada sexo en estos tribunales de más de cuatro miembros. También la Ley 7/2004 de Galicia, la 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Castilla y León, o la

Ley foral de Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

No puede concluirse de ninguna manera que la Ley orgánica 3/2007, pueda suponer una reserva de determinados puestos de trabajo en las administraciones públicas para mujeres. Esta consideración chocaría de lleno con el diseño constitucional de nuestro modelo de empleo público, por otra parte absolutamente deudor de optimizar el elemento personal dedicado a la satisfacción del interés general.

Señalaremos, por último, que el artículo 55 de la Ley orgánica 3/2007 prevé que la aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo, si bien no se establece si este informe es preceptivo, si es vinculante, si también se aplica a las pruebas para acceder a puestos de personal interino o temporal, y otros detalles, por lo que ante esta falta de concreción habrá de estarse al desarrollo reglamentario de la Ley, ya vencido el 31 de enero de 2007 según la disposición transitoria décima. Sí que se prevé su evacuación en casos de urgencia, lo que parece avalar una postura favorable a su carácter preceptivo.

El artículo 57 de la Ley orgánica 3/2007 prevé que en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo en las administraciones públicas se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior, es decir, permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La previsión no es especialmente detallada, por lo que habrá de estarse a su desarrollo reglamentario. No obstante, se trata de una valoración que ya preveía el Real decreto 255/2006, de 3 de marzo, que modifica el ya citado Real decreto 364/1995, que introducía la valoración del cuidado de hijos y familiares en los concursos de méritos.

De nuevo hemos de señalar que la previsión de la Ley orgánica 3/2007, no puede neutralizar la exigencia de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo (Jesús M^a Chamorro González, magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ponencia para el curso del Consejo General del Poder Judicial).

5. Personal laboral

Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, siempre dentro del marco que anteriormente se ha definido, conforme al cual los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad o de potestades solo pueden ser provistos mediante funcionarios públicos.

6. Personal eventual

Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin (artículo 12 del EBEP).

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP determinarán los órganos de Gobierno de las administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de Gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicos. Su régimen jurídico podemos caracterizarlo por las siguientes notas:

- El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

- La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna.

- Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

7. Personal directivo profesional

Su regulación se encuentra en el artículo 13 del EBEP, que opera únicamente como una norma habilitadora para que el Gobierno –en el ámbito estatal– o los órganos de Gobierno de las comunidades autónomas puedan establecer, en desarrollo del EBEP, un régimen jurídico específico del personal que califiquen como directivo. Si hacen uso de esta posibilidad, están sometidos a los siguientes principios que definen la función directiva en el ámbito de las administraciones públicas:

- Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.

- Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

- El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

- La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos del EBEP. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Vistos el procedimiento para la selección, garantías, y clases de personal laboral, 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.

8. Contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los trabajadores (E.T.) y Real decreto 2720/1998

8.1. Contrato por obra o servicio determinado

El artículo 15 del E.T., 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 2720/1998 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 el servicio que constituya su objeto, y

- Que se trate de la actividad propia de la empresa, pero que la obra o el 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 (como, 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 Art. 15 del E.T. al afirmar que se produce por tiempo indefinido”.

Es significativo que solo “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 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, esta 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 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 E.T. 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 parte de la nueva contratista, para lo cual anteriormente era preciso que viniera regulado en el convenio colectivo del sector, como sucede en limpieza, vigilancia, colectividades, en el sector de hostelería (catering), etc.. Hoy, tras la aceptación a regañadientes de la doctrina del TJCE por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, lo fundamental en la sucesión empresarial, y sus efectos de subrogación en los contratos laborales, se produce al amparo del artículo 44 del E.T., aunque únicamente se transmita la actividad sin que lleve consigo la transmisión de elementos patrimoniales de cierta entidad.

– 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 si solo, a estos de autonomía y sustantividad propias exigidas por el Art. 2.1 del R.D. 2104/84" (hoy Real decreto 2720/1998).

8.1.1. 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 re-

ducida y no válida. En ese caso se aconseja exponerlo 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 contrato fijara una duración o fecha de extinción, estas 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 esta 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 E.T.

8.1.2. 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 12-4-86, 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 Art. 49.3 del E.T. se van extinguiendo 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 5-7-99.

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 2005, 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 aquella o en el cumplimiento de este, y no en otra distinta de la contratada.

8.1.3. Especial referencia a los contratos por obra o servicio determinado, vinculados a subvenciones de otras administraciones públicas

Como razona Rosa M^a Martín-Romo, letrada de la Diputación Provincial de Cáceres, es pacífica la doctrina jurisprudencial, que hace especial hincapié en la naturaleza causal de los contratos temporales y su carácter excepcional, por lo que solo se podrá acudir a ellos cuando se den las circunstancias previstas en la ley.

No obstante, hay que establecer una diferencia entre la posición adoptada por el Tribunal Supremo en cuanto a los contratos por obra o servicio subvencionado por las administraciones públicas antes y después de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002.

La utilización del contrato de obra o servicio determinado ha encontrado un extraordinario desarrollo en el ámbito de las administraciones públicas (con especial intensidad quizá en la Administración local), en cuanto que beneficiarias de subvenciones o de otro tipo de dotaciones procedentes de administraciones territorialmente más amplias (Unión Europea y administraciones autonómicas, fundamentalmente).

Ya en sentencias del Tribunal Supremo de 1998 (RJ 1999, 307 y RJ 1999, 387), se apreciaba la licitud de la cláusula que condicionaba el contrato de trabajo por obra o servicio determinado a la vigencia de un plan concertado entre un Ayuntamiento, que era el empresario en la relación laboral controvertida, y una Comunidad Autónoma. Estas sentencias consideran que hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los trabajadores, ya

que “no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención”.

No obstante la anterior jurisprudencia, la cuestión dio un giro radical a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, dictada con ocasión de un recurso de casación para unificación de doctrina.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002, supone un punto de inflexión en la regulación de los contratos temporales a los que nos venimos refiriendo, estableciendo a partir de ahora y con total claridad los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, en los siguientes términos: Los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece regulado en los artículos 15.1 a) del Estatuto de los trabajadores y 2 del Real decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, son los siguientes:

a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa;

b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta;

c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto;

d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de este, y no en tareas distintas.

En definitiva, queda claro que, actualmente, la existencia de una subvención no se eleva por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la categoría de elemento decisivo y concluyente para concertar contratos laborales de carácter temporal, por más que en muchos pronunciamientos se haya hecho especial hincapié en ella. La mera existencia de una subvención no es bastante a los efectos que ahora nos interesan, porque las administraciones públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de la exigencia legal de que concurra causa bastante.

Por lo tanto, ahora ya a la exigencia de que la dotación extrapresupuestaria constituya efectivamente

una subvención, que depende en su continuidad de una voluntad externa a la propia Administración contratante, se suman las ordinarias de todo contrato de obra y servicio: autonomía y sustantividad de la obra o servicio dentro de la actividad cotidiana de la Administración contratante, identificación clara y suficiente de la obra o servicio en el contrato, y desempeño por parte del trabajador de funciones exclusivamente ligadas con la concreta obra o servicio determinados en el contrato.

No puede entenderse mínimamente cumplida la exigencia de la identificación precisa y clara de la obra o el servicio objeto del contrato con la referencia a un “proyecto subvencionado” entre varias administraciones, ni tampoco la constatación de que el mismo se financia con dotaciones anuales, bianuales,... concedidas mediante Decreto de otra Administración. Se exige, además, que se identifique con precisión la obra o el servicio que da cobertura al contrato a término.

A partir de la sentencia de 19 de marzo de 2002, el Tribunal Supremo ha mantenido de forma constante y reiterada esa misma línea argumental hasta hoy.

A título de ejemplo, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002, la de 10 de abril de 2002 o la de 25 de noviembre de 2002, entre otras.

En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo señala que difícilmente puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han determinado previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación, entiende el Tribunal Supremo que es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado.

Por lo que se refiere a la formalización y a la posterior extinción de estos contratos vinculados a subvenciones de terceras administraciones, hemos de estar a lo dispuesto en la normativa laboral vigente, tal y como ya el propio Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, remitiendo expresamente a la solución aportada a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que añadió un nuevo apartado, el e), al artículo 52 del Estatuto de los trabajadores.

El citado precepto regula los supuestos de extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas, y concretamente el apartado e) que ahora nos interesa, señala que “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”.

Esta regulación señala expresamente cuál es el tipo de contrato laboral que debemos utilizar en estos casos de contratos que se celebren por la Administración vinculados a subvenciones de otras administraciones, y que no puede ser sino el contrato laboral indefinido, salvo que además de que exista una subvención, realmente se reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para celebrar un contrato laboral temporal, como vimos en los apartados anteriores.

Por otra parte, esta regulación establece que, a la finalización de la subvención, el contrato se extinguirá por la causa objetiva señalada en el artículo 52. e) del Estatuto de los trabajadores, que acabamos de ver.

A partir de la inclusión de este apartado e) al artículo 52, entendemos que la cuestión queda perfectamente zanjada y que las administraciones habrán de acudir al contrato indefinido y su posterior extinción por causas objetivas a la finalización de la subvención.

Ha de quedar perfectamente claro, en relación con lo anterior, que la celebración de contratos indefinidos en el caso que ahora analizamos, no implica que los trabajadores así contratados pasasen a formar parte de la plantilla del personal laboral de la corporación como personal laboral fijo. No se trataría de personal laboral fijo de la corporación, sino que simplemente mantendrían una relación laboral de duración indefinida con la Administración, que finalizaría en su caso y por lo que se refiere al agotamiento de la subvención, mediante despido objetivo, tal como señalábamos anteriormente.

En otro orden de cosas, y teniendo en cuenta que estos contratos temporales vinculados a subvención se celebran en su mayoría por los ayuntamientos con cargo a subvenciones de la comunidad autónoma respectiva, habrá que estar no solo a lo previsto en el Estatuto de los trabajadores, sino también a lo dispuesto en la

normativa autonómica reguladora de las subvenciones que dan lugar a estas situaciones.

Por su especial interés y para facilitar su consulta se reproduce la fundamentación esencial de la sentencia de referencia de 19 de marzo de 2002:

“Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos los requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho y, ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, ya que esta no se supone nunca. Antes al contrario, los artículos art. 8.2 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí la trascendencia de que se cumpla la previsión del apartado 2.a) del Real Decreto citado que impone la obligación de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican.

“El válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio (sentencia de 21 de septiembre de 1999 recurso 341/99).

“Es evidente que, de acuerdo con la doctrina unificada, las Administraciones Públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de esa exigencia legal, puesto que deben someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), celebren y queden vinculadas con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en su desarrollo ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

“En todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas, ‘En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas

o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.’

“TERCERO. En el presente supuesto, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en el contrato suscrito por el Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas y el trabajador demandante, por las siguientes razones:

“1. El contrato que examinamos no cumple, mínimamente, con la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto. Es evidente que no puede entenderse satisfecha con la mera alusión al ‘Proyecto subvencionado’ entre las distintas Administraciones, pues el así denominado es un simple instrumento de gestión económica, que no cabe confundir con un programa o proyecto para desarrollar una actividad concreta y específica, ni menos aun, con una obra o servicio determinado.

“2. Debe afirmarse que la identificación que se hace en el contrato de la obra o servicio determinado, con el ‘Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1.999’, de su literalidad se desprende que el Plan abarca todos los Servicios Sociales Básicos del Ayuntamiento. La misma utilización del plural, ‘servicios sociales’, supone la existencia de no un solo servicio determinado, sino de varios de ellos. Y lo ratifica el examen de los artículos 5, 6 y 7 la Ley Canaria 56/1987, de Servicios Sociales de 4 de mayo así lo confirma.

“3. Conforme a su art. 5, las Administraciones Públicas, incluidos pues los Ayuntamientos, prestarán, como mínimo, los servicios básicos correspondientes a los siguientes niveles: servicios generales o comunitarios; servicios especializados; y programas integrados por áreas, sectores y ámbitos espaciales. El art. 6 señala que los generales o comunitarios, tienen por objeto promover el bienestar de todos los ciudadanos, mediante servicios que realizan las siguientes funciones: información, valoración y orientación; promoción y cooperación social; ayuda a domicilio; convivencia; prospección y detección de situaciones de marginación; y cualquier otra función primaria. Su art. 7.3 enumera los servicios sociales especializados de obligada organización: infancia y adolescencia; juventud; tercera

edad; minusválidos; drogodependencias; prevención de la delincuencia y reinserción social de ex-internos; marginación por razón de sexo; otros colectivos marginados; situaciones de emergencia; y cualquiera otro especializado que considere necesario el Gobierno de Canarias. Finalmente, el artículo 7.4 establece que el equipamiento de los servicios sociales especializados estará constituido por: centros de acogida; residencias permanentes, centros de día, centros ocupacionales y comunidades terapéuticas.

“4. Resulta palmario, que la genérica alusión hecha en el contrato que se examina, referida a los ‘servicios sociales básicos’ del Ayuntamiento, cuando estos son tan numerosos y diferentes y, tan distintos los lugares de actividad, dejó absolutamente indefinido el servicio concreto en que el trabajador debía desempeñar su actividad. Y no es válido argumentar que éste podía dedicarse indistintamente a cualesquiera de los servicios examinados, porque la modalidad contractual prevista en el artículo 15.1.a) Estatuto de los Trabajadores solo autoriza contratar a su amparo, cuando el objeto lo constituye una sola obra o servicio “determinado”, no un conjunto de ellos.

“CUARTO. Tampoco cabe presumir el carácter temporal del contrato. El artículo 9 del Real Decreto 2.720/98 permite combatir la presunción de fijeza que se deriva de la insuficiente identificación en él, de la obra o servicio determinado y concreto que constituye su objeto, mediante prueba en contrario que acredite su temporalidad. Pero en el presente caso, el Ayuntamiento mantuvo una absoluta inactividad probatoria al respecto. Y ni existen en la contratación que se analiza elementos objetivos externos que conforme a la doctrina de la Sala evidencian la temporalidad de la prestación de servicios contratada, ni son atendibles los argumentos que para demostrarla, desarrollan el recurso y la sentencia de contraste.

“Es cierto que el Plan es anual, pero porque así lo han querido las Administraciones intervinientes, pues al menos la Comunidad Autónoma de Canarias pudo concertarlo por tiempo superior ex. art. 25 de su Ley 9/87 a cuyo tenor debe tender ‘a que dichos convenios tengan una duración superior a un año’. Pero del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian, por cierto que solo en parte. El Ayuntamiento esta obligado a mantener

permanentemente los servicios sociales básicos. Así resulta de Ley Canaria 9/87, que recuerda ya en su preámbulo que la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de la Ley de Bases del Régimen Local, establece en el art. 25.2.K) que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de prestación de los servicios sociales. Pues bien, la Ley Canaria, en su art. 5 antes citado, enumera los servicios 'que deberán cubrirse', es decir, con carácter obligatorio. En el mismo sentido, el art. 26.1.c) dispone que 'en todo caso, los municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar servicios sociales', que son los enumerados en los artículos 6 y 7. Conclusión, si se trata de servicios de prestación obligatoria permanente, resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contratado.

"QUINTO. No es necesariamente signo de temporalidad, que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto, tenga que estar incluida en los presupuestos anuales. La financiación anual es mera consecuencia de la obligación que impone el art. 112 de la ya citada Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 y reitera el art. 24 de Ley de Canarias, ordenado en su número 2 que: 'Los Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes establecerán en sus presupuestos las dotaciones precisas para la financiación de la prestación de aquellos servicios sociales que en cada momento les vengán impuestos por la legislación en vigor'. Por consiguiente, que la financiación de los servicios sociales obligatorios, como la de cualquier otra actividad temporal o permanente del Ayuntamiento, debe estar prevista e incluida en sus Presupuestos anuales, no revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos.

"Por otra parte, no es posible asumir el argumento de que el servicio para el que fue contratado el actor no respondía a una actividad permanente del Ayuntamiento puesto que dependía de consignaciones presupuestarias ajenas. Podría sostenerse así, de alguna obra o servicio determinado muy concreto y específico que el Ayuntamiento no estuviera obligado a desarrollar o que solo le fuera posible hacerlo, por su magnitud económica, si es financiado por otra Entidad. Pero no puede afirmarse lo mismo, respecto de los servicios sociales básicos que el Ayuntamiento está obligado a mantener en todo caso y a financiar con su solo presupuesto, ex. artículo 24.2 de la Ley Canaria. Para

esos servicios la subvención no pasa de ser una mera ayuda, que como tal ninguna virtualidad puede tener para modificar en temporal una actividad que por Ley es permanente. Se trata además, de una ayuda cuya solicitud es voluntaria para el Ayuntamiento, hasta el punto de que si quiere aspirar a ella debe dedicar más del 5% de su presupuesto a tales servicios. Y que, por otro lado, es aleatoria, pues el número 3 del citado precepto solo otorga al Ayuntamiento que así actúa, una 'preferencia' para suscribir convenios de colaboración con la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

"SEXTO. En consecuencia con lo expuesto y de acuerdo con el artículo 9.1 del Real Decreto 2.720/98, cabe concluir que el contrato suscrito por el actor debe considerarse celebrado, pese a la literalidad de sus cláusulas, por tiempo indefinido, al no haberse identificado en él su objeto con claridad y precisión, ni desvirtuada por el empleador la presunción que deriva de tal incumplimiento, por lo que es acertada la solución dada por la sentencia impugnada, confirmando la decisión del Juzgado de instancia que calificó la decisión empresarial de cesar al trabajador como despido improcedente, y no como terminación del contrato por conclusión del servicio pactado, como pretendió el Ayuntamiento demandado con amparo en el artículo 49 c) del Estatuto de los Trabajadores. Lo que determina de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, con condena de la recurrente al pago de las costas de este recurso a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral."

8.2. Contrato eventual por razones de la producción

El artículo 15 del E.T. 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.

8.2.1. Normativa

Artículo 15 del E.T., Real decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, y artículo 3º de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

8.2.2. 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 una vez finalizada también esa prórroga tácita, y llegado el cumplimiento máximo del tiempo posible, el trabajador siguiese prestando servicios, el contrato se convertirá en indefinido.

8.2.3. 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 la circunstancia que lo justifique”, implica que su incumplimiento produce la presunción de fraude de ley y la conversión del contrato en indefinido.

8.2.4. 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 parcial 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 E.T., en defecto de aquel.

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 Art. 15 1 b) del E.T. 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 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 E.T. aunque el contrato de puesta 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 17 de noviembre de 1997 establecen que lo que caracteriza la acumulación de tareas es, precisamente, la despropor-

ción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma tal que el volumen de aquel excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de este; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar, aun estando al completo 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, etc.

El contrato eventual del artículo 15 del E.T. 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.

8.3. 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, aún 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 precisen 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 E.T., y desarrollado en el artículo 3 del Real decreto 2720/1998.

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 E.T. 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.

8.4. Contrato de sustitución por interinidad y por vacante

El artículo 15 del E.T. 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.

8.4.1. 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 aquel.

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 (STS 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 (STS de 24 de enero de 1996).

- Pueden concatenarse varios contratos de interinidad, siempre que, contemplados individualmente, reúna 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.

8.4.2. 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, en que 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 situación de laboral fijo. El Tribunal consideró que la declaración de nulidad del nombramiento de funcionario interino es materia que compete, de pleno, 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 TSJ 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 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 solo 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 con precisión, en los contratos de interinidad por vacante, la plaza vacante a cubrir. Así, varias sentencias de los TSJ de las comunidades autónomas han establecido que no es necesaria la concreta, detallada y específica designación de la plaza vacante mediante la cita expresa de su 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 exigen 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 aquel, 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 3 meses que el artículo 4.2.b) del Real decreto 2720/1998 establece como máximo para la cobertura de vacante, 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 8 años en convocar una plaza vacante ocupada mientras tanto por interino. Ante la demanda por el trabajador de que se declare 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.

8.5. Contratos formativos

8.5.1. 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 E.T. y Real decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del E.T.

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: “Solo 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 10 días siguientes a su formalización y de las sucesivas prórrogas, que en ningún caso serán más de dos.

e) Al término del contrato puede formalizarse 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.

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. Solo puede establecerse esa reducción salarial en aquellos conceptos que afecten a la condición de inexperto del trabajador en prácticas y redunden, 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.

8.5.2. 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 E.T. y Real decreto 488/1998 de 27 de marzo, Orden de 14 de julio de 1998 y 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.

– Solo 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 accidente de trabajo y de enfermedad profesional. La asistencia sanitaria siempre. La de maternidad, el subsidio de incapacidad temporal 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 posesión 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, rependedor de estanterías en comercios o superficies, etc.

Debe huirse, 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.

8.6. Contrato a tiempo parcial

El artículo 12 del E.T. 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 cuando 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.

8.6.1. 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).

8.6.2. 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 solo 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). Solo 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 E.T. 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 base su renuncia en las siguientes causas: cuidado de menor de seis años o familiar que necesite ayuda, en los términos del artículo 37.5 del E.T.; por incompatibilidad con otro trabajo a tiempo parcial; 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 solo 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 E.T. 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.

8.6.3. 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 esta 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 solo 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).

8.7. Prohibición de la concatenación de contratos temporales

El Real decreto-ley 5/2006 de 9 de junio ha modificado sustancialmente el artículo 15 del E.T. con la finalidad de evitar el abuso que, en la práctica, se venía realizando con la contratación temporal mediante la sucesiva formalización de contratos temporales de distinto tipo para eludir los límites temporales de los mismos, bien fijados en el Real decreto 2720/1998, bien en los convenios colectivos.

El artículo 15 establece en su redacción anterior y actual, en el epígrafe 2 y 3, que “adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de pruebas, salvo que de la

propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

– 3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.”

El punto 5, modificado por el citado Real decreto-ley 5/2006, dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante 2 o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de contratos fijos.

“Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

“Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos de relevo e interinidad.”

El precepto no confiere validez a las contrataciones temporales de duración inferior a los topes fijados, del mismo modo que tampoco convierte en fraudulentas las de duración superior, sino que las transforma en indefinidas.

La regla limitativa es inoperante si solo aparece una contratación temporal por dilatada que esta sea, siempre que se sujete a la duración legal o convencional, según su naturaleza.

A efectos del cómputo de contrataciones temporales y su limitación, han de tomarse en cuenta tanto las contrataciones directas como las indirectas (a través de empresas de trabajo temporal).

Los contratos temporales tomados en cuenta para su limitación han de contar con los mismos elementos subjetivos, aunque las subrogaciones y los grupos empresariales operan conforme a las reglas generales. ■