



# La identificación del empleo atípico por la Organización Internacional del Trabajo y su impacto en el genérico reformado sistema de contratación laboral español de 2022\*

THE IDENTIFICATION OF ATYPICAL EMPLOYMENT BY THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND ITS IMPACT ON THE GENERIC REFORMED SPANISH LABOR RECRUITMENT SYSTEM OF 2022

**Luis Ángel Triguero Martínez**

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada

[ltriguero@ugr.es](mailto:ltriguero@ugr.es)  0000-0002-5720-996X

Recibido: 05.10.2023 | Aceptado: 29.11.2023

## RESUMEN

Algunas de las modalidades y/o de los rasgos del empleo atípico que señala la Organización Internacional del Trabajo siguen estando presentes en el ordenamiento jurídico laboral español. El nuevo sistema de contratación nacido de la reforma laboral de 2022, no lo ha afrontado con la seriedad y profundidad que debiera. Hay flecos no firmados ni recogidos en la regulación que abren la posibilidad a producir relaciones laborales total o parcialmente atípicas.

## ABSTRACT

Some of the modalities and/or features of atypical employment indicated by the International Labor Organization are still present in the Spanish labor legal system. The new hiring system born from the 2022 labor reform has not faced it with the seriousness and Depth it should. There are fringes not signed or included in the regulation that open the possibility of producing totally or partially atypical labor relations.

## PALABRAS CLAVE

Empleo atípico  
Reforma laboral española  
Contratos de trabajo

## KEYWORDS

Atypical employment  
Spanish labor reform  
Employment contracts

\* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS RAZONES SOCIALES Y POLÍTICAS JUSTIFICADORAS (EN PARTE) DE LA REFORMA LABORAL DE 2022. ¿QUÉ HAY DETRÁS?
- III. LAS ¿NOVEDOSAS? MODALIDADES CONTRACTUALES
  - A. El objetivo: la contratación indefinida como canon
  - B. Los contratos de duración determinada: la excepción a la regla general
    1. *El contrato por circunstancias de la producción*
    2. *El contrato de sustitución*
    3. *El híbrido: la contratación fija discontinua como alternativa al canon de indefinida*
  - C. Un paso ¿firme? hacia la contratación indefinida: la temporalidad a través de la formación
    1. *Contrato de formación en alternancia*
    2. *Contrato formativo para la práctica profesional: el comúnmente denominado contrato en prácticas*
- IV. A MODO DE REFLEXIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo señala a la temporalidad en el trabajo y/o su realización a tiempo parcial como formas atípicas de empleo. Materializan una flexibilidad. Es destacable la que se produce en el momento del acceso al mercado de trabajo a través de las formas de contratación y/o mediante la forma de su organización. Son caballo de batalla técnico-jurídica y de política del derecho.

España siempre ha venido siendo modelo ejemplar de la gran cantidad de modelos y formas de contratos de trabajo existentes. Todos ellos, precisamente, se ajustaban a los cánones que marca la citada. Y lo que es más paradójico: su finalidad. Situación, por ende, de atipicidad.

Esta realidad estructural se está intentando atajar con los cambios de fondo sobre el modelo que hubo en materia contractual en el marco de la última gran reforma laboral española, la 2021-2022. El empleo estándar es el marcador de referencia al que se aspira a entender para la erradicación del empleo atípico identificado.

## II. LAS RAZONES SOCIALES Y POLÍTICAS JUSTIFICADORAS (EN PARTE) DE LA REFORMA LABORAL DE 2022. ¿QUÉ HAY DETRÁS?

Que España llegase a finales de 2021 con una más que hiperactividad normativa –a veces sin lógica secuenciada– en materia sociolaboral afectante a los contratos de trabajo y a la gestión de las relaciones laborales fruto de sus condiciones, fue fácil de percibir. Sin embargo, difícil de entender, argumentar y, como resultado inmediato, de aplicar. La pandemia del COVID-19 hizo también sus estragos en el derecho laboral.

Venían aconteciendo constantemente cambios, uno tras otro, incluso con escasa vigencia y entrada en vigor de uno posterior. Una vorágine legislativa frenética con la justificación de atender las modificaciones que, con máxima inmediatez, tuvo que

afrontar el Derecho del Trabajo desde comienzos de 2020. Su impacto ha afectado a casi todos los aspectos de las relaciones laborales. Derecho y realidad, necesariamente, han de converger y no transcurrir paralelamente.

Incluso, dando un paso más allá, se han producido regulaciones jurídico-políticas de realidades en la organización del trabajo que se han visto exponencialmente incrementadas ante los cambios tecnológicos, como el trabajo a distancia o la prestación de servicios profesionales en el marco de las plataformas digitales de reparto. Estas últimas también son concebidas por la Organización Internacional del Trabajo como formas de trabajo totalmente atípicas. Cabría preguntarse ya si una situación excepcional como la pandemia generó el acudir a la atipicidad como una necesaria salida de emergencia adoptada con urgencia.

Esto no impide que la situación, en su conjunto, se pueda identificar como una de las impulsoras de la reforma laboral española de finales de 2021 y comienzos del 2022: el intento de tratar de poner orden en la deriva caótica de regulación de las relaciones de trabajo y del acceso al mercado laboral.

Esta visión se puede identificar desde un perfil más técnico. Sale a la palestra un Derecho del Trabajo susceptible de calificarse como pandémico que, sin perder su social razón de ser, trató de atender y proteger a las personas trabajadoras para seguir la misma tendencia postpandemia. A costa de lo que fuese, las realidades empresariales no tuvieron tanto esta visión o finalidad y sí la del mantenimiento de su actividad y la recuperación en un contexto económico muy difícil. Era y es (ya de una forma más acotada) indistinta la apuesta por formas típicas o atípicas de empleo, muy particularmente en modalidades contractuales y en la organización del trabajo. El fin justifica los medios.

Sin embargo, en contra de lo que puedan pensar los operadores del derecho, en esta última reforma laboral acontecida, prevalece la razón política. De una parte, formaba parte del programa de gobierno socialista el derogar la reforma laboral del año 2012. De otra parte, la recepción de los fondos económicos europeos para España orientadas a paliar los efectos de la pandemia, en el ámbito sociolaboral, estaban supeditados a presentar una reforma laboral antes del 31 de diciembre de 2021. En relación a la misma y en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su componente 23, se alude a la baja productividad y debilidad estructural de la economía española. Circunstancia argumentada como legitimadora de la última.

Valorando lo señalado, dos cuestiones suscitan ya debate: el especificar los años 2021-2022 y el pensar si realmente es una reforma laboral.

La reforma laboral fue aprobada en forma de Real Decreto-ley. El número 32/2021, de 30 de diciembre, entrando en vigor el 31 de diciembre de 2021. Ahora bien, en el mismo se estableció que todo lo relativo a la nueva contratación temporal tendría vigencia tres meses después. Es decir, el 31 de marzo de 2022.

Siguiendo el mandato del artículo 88 de la Constitución, tras ser sometida a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, fue convalidada como Ley el 3 de febrero de 2022 y, por ende, quedó como tal.

La valoración sobre si se está ante una reforma laboral es más controvertida. Su consideración *stricto sensu* sería la que afectaría con profundidad a las políticas de empleo, la contratación, la flexibilidad interna o regulación del desarrollo de las relaciones de trabajo y a las modalidades extintivas.

Este escenario no es el caso. Habría que entenderla, pues, como una revisión de la señalada de 2012 en sus aspectos más controvertidos en su consideración y aplicación. En última instancia, leitmotiv histórico de que hubiese un acuerdo social entre Gobierno, patronal y sindicatos. Significativo es que el texto legal lleva por título medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

En este sentido, con esta reforma laboral se pretende, por encima de todo, evitar males mayores en el mercado laboral y en unos inicios serios de recuperación económica siempre susceptibles de interpretación diversa contrastando con diversos factores y evolución. Con ello se persigue como objetivo el acompañar una creación de empleo superior cuantitativa y cualitativamente a la que el modelo económico-productivo español está acostumbrado. Uno de los medios: la reformuladas, reformadas y nuevas modalidades contractuales nacidas. A priori, está tendida la alfombra para salir sorteando lo atípico y mirar al empleo típico estándar.

Ahora bien, el que se hubiesen identificado elementos nucleares del entramado de nuestro ordenamiento jurídico-laboral que necesitaban una especial atención, no significa que fuesen a estar resueltos cortoplacistamente. Sí se plantan y consolidan los pilares a los efectos. Si la generación de empleo no es eficaz, si no se reduce la dualidad en el mercado de trabajo, la temporalidad imperante, los desequilibrios van a seguir persistiendo.

Llama la atención la preocupación existente al respecto hasta el hecho de que al Estatuto de los Trabajadores se le haya sumado la disposición adicional 24, ad hoc, sobre la cuestión. Queda refrendado un compromiso: la reducción de la tasa de temporalidad. Para ello, el Gobierno de turno, en enero de 2025, evaluará las medidas, publicando con carácter oficial la tasa de temporalidad y por sectores. Una evaluación que se repetirá bianualmente. En el caso de que se compruebe que las medidas no surten un efecto favorable, el Gobierno que se trate ha de elevar a la mesa de diálogo social un bloque de medidas adicionales en aras de su tratamiento interno y la formalización de acuerdos puntuales.

En esta dirección, no hay que olvidar la Directiva de la Unión Europea 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Siguiendo su articulado y, más concretamente el artículo primero, de un lado, en el apartado primero, su finalidad es la mejora de las condiciones laborales a través de un empleo transparente y previsible garante de la capacidad de adaptación del mercado de trabajo; y, de otro lado, en su apartado segundo, la concreción del estándar mínimo de derechos para todas las personas trabajadoras con contrato laboral atendiendo, especialmente, a la legislación laboral y los convenios colectivos.

Así pues, un eje vertebrador de esta última reforma laboral ha sido la reordenación de las modalidades contractuales. Es clásica la culpabilidad atribuida siempre al Derecho del Trabajo de su rigidez en la regulación de los diferentes tipos de contrato de trabajo y su falta de adaptación a la realidad social más inmediata del mercado de trabajo, muy especialmente en escenarios económicos desfavorables. Cuanto menos, se ha tratado de dar solución a este dilema.

### III. LAS ¿NOVEDOSAS? MODALIDADES CONTRACTUALES

Uno de los grandes aciertos que ha tenido la reforma laboral de 2022 ha sido la reestructuración de los tipos de contratos de trabajo existentes. Se ha terminado con un elevadísimo elenco de modalidades contractuales que hacía que el empleador, en el momento de la contratación, no sólo no supiese con certeza cuál se adaptaba mejor a sus intereses, sino que también se habían estirado los ámbitos subjetivos de los diferentes tipos. Hasta el límite de que determinadas actividades profesionales cada vez se incluían con más asiduidad en modalidades más precarias, habiendo un uso y abuso de la temporalidad, entre otros. Circunstancias que el “derecho jurisprudencial”, en muchos casos, no venía pudiendo ya frenar.

Cierto es que desaparecen determinados tipos de contrato de trabajo. Pero, sin embargo, el espíritu de otros se refunda en uno único del que derivan unas acotadas submodalidades con el fin de adaptarse lo más concisamente posible a la actividad laboral a desarrollar. El problema es que, a priori, se ha partido de un escenario demasiado idílico o cuadriculado que, atendiendo al tejido productivo español y/o el existente en diferentes regiones y su desarrollo económico, dificultan su viabilidad. En cualquier caso, se ha pretendido poner fin a una flexibilidad que estaba resultando negativa y derivando en situaciones atípicas.

Pese a ello, hay que ser conscientes de que está por venir toda una construcción jurisprudencial sobre los mismos. O, en su caso, su perfilamiento hacia un empleo típico, atípico o típicamente matizado. No se está tardando.

#### A. El objetivo: la contratación indefinida como canon

La regla general de la que se parte es muy sencilla y básica. Todo contrato de trabajo se ha de hacer y formalizar por tiempo indefinido, sin límite temporal. Sí o sí, no hay otra. El apartado primero del vigente artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores deja constancia de ello de una forma más suave en sus términos de expresión jurídica (pero que no resta un ápice de contundencia) al concretar expresamente que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. Vara de medir con la que se quiere atajar y erradicar la temporalidad.

Consecuentemente, el que se acuda a cualquier otra modalidad contractual es la excepción. Renace con mucha fuerza la causalidad. Causalidad que había quedado no sólo relegada a un segundo plano, sino que también casi olvidada. El por qué no

se acude al contrato indefinido ha de quedar muy bien perfilado. Si no es así, se presume y pasa a ser indefinido. El modelo estándar que califica la OIT como estándar.

Destaca el hecho de que, expresamente, en el apartado cuarto del propio artículo 15, se concrete que, si no hay causa pertinente que justifique el haber contratado temporalmente, de forma automática, el contrato de la persona trabajadora pasa a ser indefinido. Se concibe como un incumplimiento de la regla general.

Igual hecho sucede si la persona contratada temporalmente no ha sido dada de alta una vez haya se haya igualado o pasado el plazo de duración del período de prueba.

Adicionalmente, se concreta en el apartado quinto que la regla general se cumplirá (es decir, será contrato indefinido) cuando la persona trabajadora enlace dos o más contratos temporales o haya estado contratada temporalmente por circunstancias de la producción de forma continuada durante, como mínimo, dieciocho meses dentro de un período de veinticuatro. Ahora bien, precisa: mismo puesto de trabajo, misma empresa o grupo de empresas, contratada directamente o a través de la puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Mutatis mutandis, expresa el precepto las mismas condiciones también para los casos de sucesión o subrogación empresarial.

Para ambos casos previstos en los apartados indicados y, en este caso, del apartado noveno se pueden establecer tres mecanismos garantistas:

- El procedimental documental-informativo empresarial: en un plazo máximo de diez días, sobre la empresa recae la responsabilidad de expedir a la persona trabajadora un documento que justifique su paso a indefinida. E, igualmente, ha de informarlo a la representación legal de los trabajadores en la empresa.
- El procedimental documental acreditativo de la persona trabajadora: ésta está facultada para acudir a la Oficina del Servicio Público de Empleo correspondiente para que le emita un certificado de los contratos de duración determinada o temporales que haya celebrado y provocado su conversión en fija.
- -El procedimental institucional: el Servicio Público de Empleo competente pone en conocimiento de la emisión del anterior tanto a la empresa en cuestión como a la Inspección de Trabajo, siempre y cuando ésta última advierta de que se hubiesen incumplido los límites temporales señalados.

Por su parte, en el apartado octavo hay una remisión a la autonomía colectiva. Los convenios colectivos pueden concretar criterios objetivos sobre los que sustentar la conversión de los contratos temporales de duración determinada en indefinidos. Análogamente, las consecuencias que se puedan derivar de su incumplimiento. Se equipara así la ley con el convenio colectivo (aunque este, por sí mismo, tiene naturaleza normativa).

Tal y como estaba regulado, la indemnización por despido objetivo es de veinte días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades.

## B. Los contratos de duración determinada: la excepción a la regla general

Como ya se ha señalado, se parte de la presunción de que todo contrato firmado es indefinido. Como opción exhaustivamente causalizada, en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores se reorganizan los contratos de duración determinada, dejando sólo dos opciones: de una parte, el contrato por circunstancias de la producción; de otra parte, el contrato por sustitución de la persona trabajadora.

En ambos casos no cabe la discriminación, respecto a las personas trabajadoras contratadas indefinidamente, en el ejercicio de sus derechos reconocidos legalmente y convencionalmente, inclusive atendiendo a criterios de antigüedad.

Asimismo, también se les ha de informar la existencia de vacantes ajustadas a su perfil para que puedan ser contratadas indefinidamente.

El límite de tiempo general de concatenación de contratos de duración determinada para pasar a ser indefinidas: el estar ocupadas más de dieciocho meses dentro de un período de veinticuatro, indistintamente a su continuidad, para cualquier puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas. La particularidad: el ser contratado directamente por la empresa o, en su caso, mediante contratos de puesta a disposición a través de las empresas de trabajo temporal.

### 1. El contrato por circunstancias de la producción

En el apartado segundo del citado artículo se encuentra su definición. Precisa que las propias circunstancias de la producción son sólo las debidas a un incremento ocasional y no previsto de la actividad y los cambios que, aun siendo parte de la actividad normal de la empresa, alteren, provoquen un desequilibrio temporal entre el empleo estable totalmente disponible y el que, en teoría, se requiere.

Llama la atención que se entiendan a las vacaciones como hecho causal para contratar por circunstancias de la producción. Circunstancia más que controvertida por las consecuencias técnico-jurídicas que acarrea: el derecho a las vacaciones es un derecho indisponible de la persona trabajadora. Éste no puede ser motivo de disposición y justificación de una contratación de duración determinada. Se está dando pie a una atipicidad desde lo ajustado a lo típico, a lo ordinario, a lo coherente, a lo estándar.

A lo que se ha de adicionar su impacto en la política de empleo: ¿hasta qué punto realmente se va a jugar con las cifras resultantes para definir la misma? ¿Se está impulsando con ello las políticas activas de empleo? ¿Activando las políticas pasivas de empleo? Difícil una respuesta articulada coherentemente.

Aunque no sea lo procedente, por el elevado coste que supone en España la contratación de una persona trabajadora, la utilización de esta modalidad contractual permanentemente en este supuesto concreto va a desembocar en la prestación de servicios profesionales por otra persona no contratada ajustada a derecho. Una atipicidad en la relación laboral o un contrato atípico. También es factible que el desequilibrio señalado en la norma se oculte de facto sobre la base del mantenimiento de los

niveles de actividad normales de la empresa, acudiendo a una mayor carga de trabajo de aquéllos que no están ejerciendo su derecho.

En cualquier caso, al margen de esta particularidad, como regla general la duración del contrato será de seis meses como máximo. Ésta, por convenio sectorial puede ser diferente, abriendo la puerta a que sea mayor, siempre con el límite de un año. En el supuesto de que el contrato sea firmado por un tiempo menor a los máximos indicados, por acuerdo entre las partes, se puede prorrogar sólo una vez sin superarlos bajo ningún concepto.

Un supuesto que se presta a controversia en materia de duración de este contrato de trabajo es el de que se redefina restrictivamente la concepción legal general apuntada: situaciones ocasionales, previsibles, con una duración reducida y claramente delimitada. Ésta última: noventa días dentro del año natural, con una duración no continuada. Para ello, se pueden contratar tantas personas como sean necesarias. Ahora bien, éstas han de estar identificadas en el contrato.

En tanto en cuanto esta última posibilidad parece la óptima para las contrata, subcontratas o concesiones administrativas en actividades de la misma empresa, inmediatamente se cierra la puerta a esta posibilidad, quedando prohibida en la propia ley.

Poniendo de manifiesto implícitamente la a priori tarea de cogestión empresarial por parte de la representación legal de los trabajadores, a ésta se le ha de informar de la previsión que tiene la empresa de contratar utilizando esta forma.

Si no se cumple cualquier requisito de los descritos, la persona trabajadora pasa a tener la condición de fija. Modelo tipo, típico.

## 2. *El contrato de sustitución*

El apartado tercero del artículo 15 del Estatuto de los trabajadores lo define como aquél que cuya razón de ser es sustituir a una persona trabajadora que, como eje central, tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Parte esencial de esta modalidad contractual: el que se concrete de forma clara el nombre de la persona sustituida y el motivo que lo justifica. Pero sólo para los escenarios de, por una parte, la stricto sensu sustitución con derecho a reserva; y, de otra parte, la matizada de completar la jornada laboral reducida atendiendo a causas establecidas por ley o convenio colectivo.

Se habilita legalmente a que cuando esté prevista la realización de la sustitución, en fechas previas a la ejecución de la misma, puedan coincidir sustituido y sustituyente, por quince días como máximo, ejerciendo idéntica actividad con la finalidad garantista de su adecuación y que, así, no se vea perturbada la actividad empresarial.

Por otra parte, el otro supuesto particular en el que se permite esta modalidad contractual es en el de que esté abierto o se vaya a abrir un proceso de selección o promoción para cubrir un puesto de trabajo. Eso sí, con la condición sine qua non de que sea un contrato indefinido típico. La duración máxima, tres meses o la que prevea –siempre inferior– el convenio colectivo, siempre por una sola vez. Indirectamente,

con este período máximo, se le atribuye la responsabilidad de la firma de este contrato a la empresa persiguiendo que el proceso abierto ocupe el menor tiempo posible. La fijeza subyace claramente.

### *3. El híbrido: la contratación fija discontinua como alternativa al canon de indefinida*

En tanto en cuanto el modelo es la contratación indefinida sin límite de duración, la reforma laboral de 2022 plantea una alternativa a ésta en la que el carácter de fijeza permanece destacadamente, aunque, en este caso, anudada a una temporalidad reiterada en el tiempo. Es por esto por lo que el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores experimentó una reforma sustancial.

Así pues, a grandes rasgos y como se desprende del mismo en su apartado primero, esta modalidad contractual se ha de utilizar para actividades laborales cuya razón de ser es estacional, de temporada concreta; o, en su caso, que se conecten directamente con trabajos a ejecutar obligatoriamente en un período de tiempo, estando sus fechas determinadas o indeterminadas.

Otro escenario en el que se puede utilizar este contrato de trabajo es para actividades laborales en la ejecución de contratos, ya sean mercantiles, ya sean administrativas que, siempre teniendo previsibilidad, sean parte de la actividad empresarial. El período de inactividad única y exclusivamente puede darse en calidad de plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones, con una duración máxima de tres meses. Realzando el papel de los convenios colectivos de naturaleza sectorial, pueden fijar otro distinto.

Por otra parte, la principal novedad y aspecto muy llamativo es la relevancia que tiene la posibilidad que se ha abierto a que las empresas de trabajo temporal pueden acudir a esta modalidad de contrato. Eso sí, para la utilización con sus trabajadores de plantilla que, a posteriori, cede a las denominadas empresas usuarias. Pues bien, abre la opción de su utilización para cubrir diferentes contratos de puesta a disposición concatenándolos con estas últimas en períodos de inactividad coincidente con el tiempo de espera. Requisito: las empresas han de ser diferentes.

Con carácter general, en tanto en cuanto en esta modalidad contractual ya aparece difuminada el carácter indefinido, el apartado segundo del artículo deja bien claro que ha de ser por escrito, quedando constancia en el mismo: los elementos esenciales y el tiempo de la actividad laboral, la jornada de trabajo y el cómo se distribuye en horario. Queda permitida una flexibilidad en tanto en cuanto se consiente que éstos sean estimativos en un primer momento y concretos en el momento del llamamiento para la realización de la prestación de servicios.

Los elementos señalados a los que dejar constancia, según expresa la norma, son “entre otros”. Deja la puerta abierta a que sean obligatorios otros también en función de la naturaleza de la actividad, sus particularidades, etc. Aquí queda mucho por construir y perfilar. La casuística individualizada afrontada por la jurisprudencia es la que lo está haciendo. Sin olvidar la negociación colectiva.

El llamamiento para comenzar a trabajar obligatoriamente también ha de ser por escrito. Entronca así con la formalización escrita del contrato. La finalidad es evidente: evitar situaciones en las que se afirme que éste no se ha producido y, por ende, lo indefinido quede en entredicho y se pueda abrir la puerta a un despido. La alternativa a que sea escrito es que sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la notificación realizada. Sea de una u otra forma, ahora sí han de quedar reflejadas las condiciones de la incorporación, con la antelación que se estime oportuna y procedente.

Atribuyendo un mayor rol a la negociación colectiva, siguiendo el apartado tercero del artículo, se viene a destacar la importancia del convenio colectivo. Éste será el competente –o, llegado el caso, un acuerdo de empresa– el que establece criterios más objetivos y particularizados por los que debe ajustarse al derecho el llamamiento. Análogamente, éstos pueden perfilar, con carácter excepcional, las posibilidades de que esta modalidad contractual sea a tiempo parcial.

La importancia del llamamiento se refuerza como elemento de causalidad. Si éste no se procede ajustado a derecho, en el ejercicio de las acciones oportunas que se puedan llegar a plantear y realizar, el dies a quo es aquél en el que se debió realizar y no se hizo o en el momento en el que se dieran a conocer las condiciones.

Reforzando el carácter de indefinido, como garantía y protección al trabajador, la antigüedad será la de la duración del contrato de trabajo en su totalidad y, por ende, no sólo los que ha estado trabajando para las empresas usuarias. En la misma dirección van dos cuestiones: tanto el ser informado por las empresas –del artículo de la norma se pueden entender que tanto la empresa de trabajo temporal como las usuarias– de vacantes en puestos de trabajo fijos y el proceso de realización de la conversión; como el que el Gobierno de turno les permita el acceso a subsidios por desempleo en igualdad de condiciones a las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidos en el régimen general del sistema de Seguridad Social. Ambas van en consonancia con la obligación empresarial creada ex novo de realizar cada año un censo de personas fijas discontinuas.

Por otro lado, en conexión con el desarrollo de las políticas activas de empleo, el colectivo de personas con contratos de trabajo fijos discontinuos tienen la consideración de preferente para acceder a las iniciativas de formación encuadradas en el sistema de formación profesional para el empleo. Ahora bien, siempre que se encuentren en el período de inactividad.

Las garantías quedan incrementadas cuando es el convenio colectivo sectorial el que tiene facultad para realizar bolsas sectoriales de empleo en las que se puedan incluir las personas trabajadoras sujetas a esta modalidad contractual, siempre durante el tiempo que estén inactivos. Late aquí el trasfondo de impulsar su contratación indefinida reforzando su formación continua.

### C. Un paso ¿firme? hacia la contratación indefinida: la temporalidad a través de la formación

Con la reestructuración total de los contratos formativos en la reforma laboral del 2022, se da a entender que, como elemento consustancial para el acceso al mercado de trabajo (a recordar, de forma indefinida) es necesario que la persona trabajadora se encuentre debidamente cualificada en conexión directa con la formación reglada que, bien ha finalizado de cursar o bien se encuentra compatibilizando con la prestación de servicios profesionales. Este es el trasfondo del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

Ésta es la razón de ser de los dos tipos que distingue: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de práctica profesional.

Como elementos básicos que están presentes en las dos, por su propia razón de ser, mención merece la obligatoriedad de que sean por escrito detallando el plan formativo (si no es así pasarán a ser indefinidos, al igual que cuando se cumple el contrato y la persona continúa en la empresa); la imposibilidad de utilizarlos en empresas con expedientes de regulación temporal de empleo y para las personas trabajadoras afectadas por los mismos; la protección por el sistema de seguridad social en igualdad de condiciones; y la consulta a las administraciones competentes para los requisitos a cumplir para la formalización del contrato, con mención tasada –pero, paradójicamente a modo de ejemplo– a los supuestos de número de tutores por persona trabajadora contratada en formación, la proporción de contratos en relación al tamaño de los centros de trabajo y para la estabilidad en la plantilla de la empresa.

Más significativo es que, en aras del fin último de la fijeza y en aras de evitar situaciones atípicas, las situaciones incapacidad temporal, el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción, el acogimiento, el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia y la violencia de género serán hechos que nunca van a considerarse como tiempo de duración del contrato y, por ende, va a quedar suspendido. Se protege socialmente de una forma destacada a un colectivo de personas que se está formando para acceder al mercado de trabajo y su futura e inmediata contratación indefinida.

Resalta que, con el afán del carácter omnicomprensivo socioprotector, para el colectivo de personas con discapacidad o las que se hallen en situación de exclusión social contratadas por una empresa de inserción, estas dos modalidades contractuales se van a adecuar a los estudios, al plan o al programa formativo y al nivel de discapacidad que presenten las mismas.

Empoderando a los convenios colectivos sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior, se les atribuye la facultad de poder particularizar el elenco de puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que, llegado el caso, pueden sujetarse a estos contratos de trabajo. También a la negociación colectiva tienen la potestad para perseguir la igualdad de género, evitando una brecha, tanto para la contratación como para la conversión en indefinidos.

Al igual que sucedía en las modalidades contractuales ya analizadas, también en estas dos de naturaleza formativa tiene un papel destacado la representación legal de los trabajadores en la empresa. Ha de tener constancia de cualquier convenio de colaboración educativa o formativa que le den sustento firme.

A modo de garantía final, la empresa puede solicitar por escrito al servicio público de empleo oportuno que le informe si las personas que va a contratar con la modalidad contractual en cuestión, ya lo han estado antes y por cuánto tiempo. Información que ha de ser trasladada también a la representación legal de los trabajadores.

Todas estas cuestiones de forma y fondo son recogidas en el apartado cuarto del artículo en cuestión.

Estos mismos planteamientos quedaron reflejados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. En su artículo 1 del capítulo II, se deja constancia de que cualquier persona “tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente, inclusivo y de calidad”. A lo que se suma que, a los efectos, se tienen no sólo que mantener, sino también que adquirir cualquier capacidad que venga a garantizarle, directa o indirectamente, su inclusión social y, por ende, en el mercado de trabajo.

### *1. Contrato de formación en alternancia*

Este tipo de contrato formativo tiene el objetivo de que se compagine un trabajo con una formación que se esté siguiendo en el marco de los estudios universitarios, formación profesional o en cualquiera dentro del catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Carácter que elimina el período de prueba contractual.

Así pues, como regla general sólo es viable el contrato con las personas que no tengan la cualificación que les reconoce automáticamente la formación. Ahora bien, se abre la posibilidad a dos excepciones: las que tengan otra titulación que no haya estado vinculada a esta modalidad de contrato; y las menores de 30 años siempre y cuando sea en el elenco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y en cualquier programa público o privado de formación en alternancia de empleo-formación incluidos en el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

En lo que respecta a la duración de este tipo de contrato será entre tres meses y dos años, no pudiéndose ver prorrogado más allá de éstos; o bien la que se prevea en el plan o programa formativo, inclusive la casuística de que no sea continuado.

El tiempo de trabajo será de un máximo del 65 % el primer año o del 85 % del segundo. La referencia: la máxima legal o la fijada por convenio colectivo. De conformidad con las previsiones generales del Estatuto de los Trabajadores: no pueden realizar ni horas complementarias ni horas extraordinarias a excepción de las que sean necesarias para la prevención o reparación de supuestos; ni tampoco el trabajo nocturno y/o a turnos (salvo que sea inherente a la actividad laboral). La referencia, en cualquier caso, será la de una persona trabajadora a tiempo completo o a tiempo parcial.

El salario será la cuantía que figure en el convenio colectivo de aplicación. Si no, como mínimo el 60 % para el primer año y el 75 % para el segundo año, en correspondencia con el grupo profesional, nivel retributivo equivalente a las funciones y proporcionalmente al tiempo de trabajo efectivo. Por mera lógica, está prohibido que sea en cuantías inferiores al salario mínimo interprofesional.

En lo que respecta a la formación, es obligatorio que exista una conexión real entre la teoría que se ofrezca por la institución oportuna y la práctica que se brinde en la empresa y centro de trabajo. Los planes formativos han de ser consensuados dejando muy claro los contenidos de la formación, el calendario, las actividades y los requisitos para su adecuado seguimiento por parte de la persona tutora correspondiente de la que ha de disponer. Así la actividad laboral y la contratación van a estar plenamente legitimadas y causalizadas.

## *2. Contrato formativo para la práctica profesional: el comúnmente denominado contrato en prácticas*

La razón de ser nuclear de esta modalidad contractual es la proporción a la persona trabajadora de una experiencia profesional que venga a completar su formación. En este caso, anudada a los oportunos niveles de estudios de los que esté en posesión aquella. Es indiferente que, como ya se ha señalado, sean universitarios, de formación profesional o ajustada al catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. He aquí la causalidad.

El carácter de formación para la práctica profesional radica, de una parte, en la necesaria elaboración de un plan formativo particular e individualizado por parte de la empresa, concretando contenidos y asignando un tutor con una experiencia adecuada para su seguimiento; y, de otra parte, en el derecho que tiene la persona trabajadora a que se le expida un certificado oficial en el que se deje constancia de la duración y su contenido. El salario va a ser siempre la que específicamente fije para este caso el convenio colectivo de aplicación o la del grupo profesional o nivel retributivo que corresponda a las funciones desempeñadas.

Lo realmente llamativo es que la persona trabajadora y el empresario pueden firmarlo a tiempo parcial o completo sin haber transcurrido tres años –cinco si es una persona con discapacidad– desde la finalización de sus estudios y no necesariamente cuando se obtenga el título. La atipicidad aparece.

En tanto en cuanto la solicitud formal del título para su obtención siempre es a posteriori de la finalización de los estudios, por parte de la persona trabajadora se puede extender el tiempo para su solicitud que decida unilateralmente para, si así valora, poderse beneficiar de esta modalidad contractual. Esta vía abierta directamente a la temporalidad (carácter identificativo del empleo atípico) debería de cerrarse o acotarse de una forma clara con plazos, con la finalidad de atajarla.

En el caso de concreción y aplicación de lo señalado, la seguridad jurídica que introduciría cumplimentaría a la imposibilidad de utilizar este contrato con la persona

trabajadora que ya tenga la experiencia profesional oportuna o, en su caso, haya ya realizado una actividad formativa en idéntica actividad y empresa durante más de tres meses.

Garantiza la superación de la temporalidad el hecho de que su duración sea entre seis meses y un año máximo, presumiéndose indefinido si supera el mismo si no ha habido una denuncia previa de su finalización. Igualmente, es factible la posibilidad de que haya dos prórrogas del mismo con idéntica duración. Queda planteado aquí el interrogante de si predomina el interés formativo del estiramiento hasta el máximo legalmente posible de la temporalidad. Se está abriendo el telón del escenario reformado a condiciones de empleo clásicas del atípico.

Nada impide que la autonomía colectiva estatal o autonómica o, llegado el caso, la de ámbito sectorial inferior, concrete o desarrolle limitaciones desde el estándar mínimo. Sería relevante que así hiciese ante los dilemas implícitamente planteados.

#### IV. A MODO DE REFLEXIÓN

La reordenación en materia de modalidades contractuales que introdujo la reforma laboral española de 2022 tiene sus luces y sombras. Destella la reducción de su número, junto a la simplificación en su gestión y aplicación. Genera sombras su completa adaptación al paradigma del trabajo estándar y, por ende, típico.

El hecho de que en la práctica haya más contrataciones no implica automáticamente que vaya a desaparecer las situaciones atípicas que puedan derivarse de ellas no ya sólo en la propia relación laboral en sí, sino también en la protección social derivada, presente y futura. No hay que olvidar la influencia de los cambios tecnológicos y el rendimiento general óptimo de los mercados laborales ajustados a los criterios económicos.

Los cleavages persistentes que vienen caracterizando el trabajo atípico y sus condiciones tan particulares continúan estando presentes. Eso sí, de una forma maquillada. Entrando a su fondo y desenmascarándolos de nuevo, queda puesto de manifiesto muy puntualmente, pero que pueden extenderse. Si la puerta no está bien cerrada, poco a poco se puede ir entreabriendo.

Es evidente que se ha dado un primer paso muy firme, pero no basta. La utilización de otros términos análogos, la alusión a la necesidad, el tener presentes los cambios tecnológicos y su impacto, la mención a la viabilidad del sistema de seguridad social y la consecución del modelo de contratación indefinida, pese a ser elementos sustanciales, no llegan a alcanzarse. El binomio empleo seguro, empleo estable que erradica al atípico necesita repensarse de nuevo y el preguntarse si se puede aspirar a una ocupación que carezca de atipicidades.

Llegar a los porcentajes marcados para que se considere la existencia de un pleno empleo es hipotéticamente probable que se consiga con las reformuladas modalidades contractuales analizadas. También con sus atipicidades y/o con nuevas formas de organización del trabajo que, fruto del desarrollo, las faciliten. Pero, igualmente, de

la mano de nuevas situaciones atípicas en las relaciones laborales con efectos en los derechos y en la protección social que, en última instancia, produzcan un alejamiento del trabajo decente, por más que sea un empleo digno.