

# NOTAS SOBRE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

NET21 NÚMERO 1, MARZO 2021

El recurso desaforado a la temporalidad por parte de las empresas españolas es un tema tan añejo como irresuelto por los distintos legisladores españoles. Las últimas estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social<sup>1</sup> arrojan unos datos que corroboran una tendencia que se ha repetido, si acaso se ha intensificado, en los últimos 40 años de relaciones laborales de la democracia: del total de trabajadores, un 71,0% tenía contratos de duración indefinida, mientras que el 29,0% restante tenía contratos temporales.

Además, a la luz de la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2019, del Consejo Económico y Social (CES)* -p. 23-, España es uno de los países del Derecho comparado que peor comportamiento muestra en esta cuestión. La peor parte se la llevan las mujeres del sector público y los jóvenes, y la combinación de esos dos factores arroja el escenario más lesivo, "ya que la tasa de temporalidad femenina en los menores de 30 años fue 2,5 puntos mayor que la masculina en 2019".

La Comisión Europea viene lamentando durante hace un tiempo que "El amplio recurso a la contratación temporal es una rémora para el crecimiento de la productividad y contribuye a la desigualdad y a la pobreza laboral"; y pone el acento en la escasa duración de muchos contratos temporales, práctica habitual incluso en sectores de escasa estacionalidad. Bruselas acusa a España de que sus "esfuerzos por reducir el recurso a contratos temporales en el sector privado están teniendo un éxito limitado. Las medidas se han centrado en luchar contra los abusos, y no en las causas profundas de la generalización de los contratos temporales"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup><https://www.mites.gob.es/estadisticas/Emp/Emp20-Dic/Resumen%20de%20resultados%20Diciembre%202020.pdf>

<sup>2</sup>[https://www.vozpopuli.com/economia\\_y\\_finanzas/reformas-espana-fondos-union-europea\\_0\\_1358865062.html](https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/reformas-espana-fondos-union-europea_0_1358865062.html)

En las propuestas enviadas a Bruselas por el Gobierno español con motivo del acceso a los fondos “*Next Generation*”<sup>3</sup>, la excesiva temporalidad que caracteriza a la contratación laboral en España se erige en uno de los ejes fundamentales de las reformas que se pretenden acometer próximamente. El gobierno plantea generalizar el contrato indefinido, devolver la causalidad a los contratos temporales y simplificar la contratación, reordenando las modalidades de contratación laboral, así como introducir mecanismos de flexibilidad para las empresas, en clave alternativa a la excesiva temporalidad. Respecto de este último punto, el documento remitido a Bruselas por el Ejecutivo apuesta por penalizar el uso excesivo de contratos de muy corta duración. Por otro lado, el Ejecutivo quiere revisar las subvenciones y bonificaciones a la contratación temporal. Entre las medidas para conseguirlo, se encuentran la simplificación de los incentivos y requisitos destinados a las empresas beneficiarias para centrarse en la empleabilidad de los desempleados y que se destinen a los contratos indefinidos<sup>4</sup>.

Ninguna aproximación a la contratación temporal puede evitar recordar que los agentes sociales que suscribieron el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, incorporado en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, expresaron en su Preámbulo que “los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”. Sin renunciar a lo anterior, las partes de dicho Acuerdo también indicaron “que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”. En definitiva, el objeto del Acuerdo marco es doble (cláusula 1): a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; y b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

En realidad, la legislación jurídico-laboral española promociona la contratación indefinida desde el momento en que el art. 15 ET exige del empresario que justifique con una de las causas tasadas en dicho precepto, que requiere contratar temporalmente. Es decir, en sujeción estricta a la ley, sólo pueden celebrarse contratos temporales en los supuestos definidos en la ley (se exige una correspondencia entre duración temporal del contrato y la naturaleza temporal del trabajo). Lo mismo ocurre con los contratos

---

<sup>3</sup><https://nexteugeneration.com/>

<sup>4</sup><https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-diaz-cita-dia-17-agentes-sociales-empezar-desmontar-reforma-laboral-20210316165015.html>

formativos descritos en el art. 11 ET, por acudir a los contratos temporales más frecuentes en la práctica.

Es cierto que en la versión del Estatuto de los Trabajadores primigenio (Ley 10/1980) ese mismo precepto contemplaba una presunción “iuris tantum” a favor de la contratación indefinida, que desapareció en la gran reforma de 1994 (Real Decreto Legislativo 1/10995, 24 marzo). Actualmente dicha presunción opera cuando se demuestra que se ha celebrado un contrato en fraude de ley (art. 15.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, ET), o cuando la contratación temporal se extiende demasiado en el tiempo a través del encadenamiento de contratos -con las importantes excepciones que obran en el propio art. 15.5 del ET. Por otra parte, en España, como en varios de los países europeos tras la aprobación de la Directiva 2008/104/CEE del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, sobre las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), la implantación de las ETT en 1994 (Ley 14/1994) favoreció el incremento de este tipo de contratación.

Son varias las reformas jurídico-laborales (especialmente la citada de 1995 y obrada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma laboral) que se han ensayado para atajar la alta contratación laboral a la que recurre el mercado de trabajo español pero la tozuda práctica ha demostrado que aunque fueron eficaces para la instalación de la temporalidad en el mercado de trabajo, desde luego no lo han sido para frenarla. Cualquier revisión de la eficacia de las normas en España debe transitar por las profundas crisis económicas que ha sufrido un tejido industrial que ha ido perdiendo peso.

Ya se han avanzado las razones que desde las instancias europeas desaconsejan perpetuar un mercado laboral en el que la temporalidad es tan acusada. Pero sirva también que ante la gran crisis económica y financiera de 2008, la OIT ya alertó que los trabajadores empleados por agencias de trabajo temporal están entre los primeros en perder sus empleos<sup>5</sup>.

Además de la ley, la negociación colectiva está llamada por diversos pasajes de la ley, a atajar la excesiva temporalidad mediante el establecimiento de 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 (art. 15.5 II ET). No otros que los legitimados para negociar conocen mejor que nadie las peculiaridades de

---

<sup>5</sup>[https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_115850/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_115850/lang-es/index.htm)

cada actividad y las características del puesto de trabajo para poder determinar cuándo se produce un recurso abusivo a este tipo de contratación.

El III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20 junio 2015) corroboró para España el mismo efecto que describió la OIT, y alentó a corregir la elevada utilización de contratos temporales para evitar que la recuperación del empleo se canalizase a través de la temporalidad, "sin perjuicio de mantener un marco de contratación temporal que permita responder a las necesidades coyunturales de producción de bienes y servicios". El Acuerdo contenía una batería de propuestas sobre el uso adecuado de los contratos temporales incluyendo un mandato dirigido a los sujetos legitimados para negociar para que no introdujeran "redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en el ET sino reforzar la causalidad que justifica su utilización".

El valor de este Acuerdo es significativo en la medida que, como es conocido, es fruto de un consenso entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de este país. Por este motivo encuentro especialmente interesante acudir a las propuestas que el mismo realizaba a los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos, propuestas en cualquier caso partían del "ser", esto es del Derecho actual; y que, por ende, parecen que han alumbrado a parte de las propuestas presentadas por el Gobierno ante Bruselas. Esas orientaciones, de las que destacaré las que no aparecen entre las propuestas enviadas por España y destacadas por la prensa, y que podrían ser reforzadas en sede de la negociación colectiva, se pueden englobar en varios bloques: (i) la posibilidad y conveniencia, o no, de determinar el volumen global de contrataciones temporales, ofreciendo a cambio, mayores capacidades de flexibilidad interna en caso de su cumplimiento; (ii) adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo; (iii) La regulación del periodo de prueba por la negociación colectiva a efectos de facilitar el mutuo conocimiento de las partes contratantes y también la idoneidad del trabajador y sus aptitudes, así como su adecuación a las perspectivas de desarrollo profesional y a la demanda de sus cualificaciones en la organización de la empresa; (iv) Establecer mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, y de la contratación en los sectores cuando se adopten medidas de empleo, a fin de compartir el resultado de las medidas implementadas de fomento del mismo. Por último, (v) el Acuerdo reparaba también en la porosidad de las distintas formas de organización productiva y societaria, en un contexto de externalización creciente de las actividades por parte de las empresas, que conlleva el recurso creciente a la subcontratación y la externalización

productiva y subrogación de actividades, empleo y condiciones de trabajo; y en ese contexto, pedía a los sujetos negociadores que vigilaran el cumplimiento de la legislación actual.

En esta última cuestión ha supuesto otro hito la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 29 diciembre 2020 (sent. n. 1137/202). La cuestión que se debatía giraba en torno a la calificación del contrato de trabajo, desde la óptica de su duración. En particular, se suscitaba la cuestión de la naturaleza de una relación laboral que, acogida a la modalidad contractual de obra o servicio determinado, buscaba su justificación temporal en atención a la existencia de un vínculo mercantil de la empresa con un tercero. Con tal justificación, la prestación de servicios del trabajador se había desarrollado durante más de quince años, llevando a cabo la misma actividad y para la misma empresa cliente. El Pleno, invocando el Acuerdo marco europeo, reprocha a la empresa que construya un marco "ad hoc" con una plantilla eminentemente temporal. Para el TS se prostituyen las notas de la autonomía y la sustantividad propia del contrato de obra o servicio determinado con el mero recurso a la interposición empresarial, en forma de contrata, quedando al albur de la voluntad empresarial la calificación de un contrato como temporal.

Por otra parte, en el ámbito del sector público, en 2019 el 40% de los empleados públicos se encontraba en régimen de precariedad en el empleo<sup>6</sup>.

El artículo 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, EBEP) relativo a los funcionarios interinos en general, describe su labor vinculada a "razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia", así como precisa que desempeñarán funciones propias de funcionarios de carrera, cuando concurra una serie de circunstancias listadas en el mismo precepto citado. El siguiente artículo, el 11 atiende al personal laboral, que podrá ser indefinido fijo o temporal, en virtud de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral.

En este escenario, la Comisión Europea ha pedido al Gobierno español que afronte eficazmente las elevadas tasas de temporalidad del empleo público y resuelva este problema. Esta es una de las reformas que la UE pide a España como condición para recibir los fondos europeos "Next Generation", así

---

<sup>6</sup> <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2019/EPA/EPA.pdf>

como que se cumpla la normativa comunitaria que prohíbe este tipo de prácticas laborales desleales<sup>7</sup>.

La intervención legislativa parece inevitable tras comprobar que el maremoto provocado por algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sometían a la Directiva 1999/70/CE (Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada), algunos, casos infames de contratación pública en el sector público español, no se ha traducido en la conversión de los funcionarios interinos en trabajadores indefinido no fijos; pero, sobre todo, expuesta la urgencia que muestra Bruselas.

Las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Tribunal de la Unión se refieren a la naturaleza del vínculo –temporal o indefinido- de la relación laboral (contratos de interinidad por vacante y por sustitución), y, en su caso, al derecho a la indemnización ante la finalización del vínculo contractual. Las cláusulas del Acuerdo europeo en las que se ha centrado esos análisis son las relativas al principio de no discriminación (cláusula 4) y las medidas destinadas a evitar la utilización abusivas de contratos temporales (cláusula 5).

La conocida como doctrina De Diego Porras [STJUE de 14 septiembre 2016 (De Diego Porras, C-596/14)], instauró la equiparación entre la indemnización por la extinción del contrato de trabajo temporal a término y la del contrato indefinido en supuestos de despido por causas objetivas. Los tres fundamentos jurídicos que sustentaron esa doctrina fueron los siguientes: que la indemnización es una condición de trabajo, que en los casos de autos existía una diferencia de trato respecto de la indemnización contraria a la interdicción de discriminación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales que predica la Cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y que las razones objetivas que aparecían en el caso de autos “por sí solas” no eran suficientes para justificar ese trato diferente.

Los razonamientos de dicha sentencia suscitaron serias dudas de interpretación entre los tribunales domésticos. Y ello porque el Tribunal de Justicia de la sentencia citada declaraba en el ap. 36 que "existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados". De ahí que aquella STJUE hiciera dudar de si, a la luz del Acuerdo

---

<sup>7</sup> <https://confilegal.com/20210308-bruselas-insta-al-gobierno-de-espana-a-que-solucione-el-problema-de-los-interinos-ante-la-llegada-de-los-fondos-europeos/>

marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, sería exigible que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad lleve aparejado el derecho a una indemnización y, en ese punto, si dicha indemnización debe establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento fija para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo. Ello abocaba, no sólo a la aplicación de la indemnización de 20 días para el caso de los contratos de interinidad por sustitución -que era el del supuesto en el caso De Diego Porras-, sino a que, por las mismas razones, se pusiera en cuestión la diferencia de indemnización de las otras dos modalidades de contrato temporal que, con amparo en el art. 49.1 c) ET, tienen fijada una indemnización de 12 días, como sucede con el contrato para obra o servicio.

Ahora bien, en las STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos -C-677/16- y Grupo Norte Facility - C-574/16-) y, de manera específica, en la STJUE de 21 noviembre de 2018 (C-619/17) -segunda de las dictadas por el Tribunal de la Unión en el mismo caso (De Diego Porras II)- el Tribunal de la Unión se apartó de aquella dirección. Aun y todo, el TJ declaró que “incumbe al juzgado remitente –de la cuestión prejudicial- examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Más recientemente, el Tribunal de la Unión hizo pública la esperada sentencia de los asuntos acumulados *Sánchez Ruiz* y *Fernández Álvarez* (sentencia 19 de marzo 2020, C-103/18 y C-429/18). Por un lado, la sentencia reconoce que existen *razones objetivas adecuadas* que permiten la contratación temporal en el sector público sanitario español pero, por otro, la sentencia aprecia un *incumplimiento* por parte del empleador público español respecto de la previsión de la normativa española de convocar ofertas públicas de empleo (art. 70 del EBEP). Finalmente, el TJ constata que existe una oposición entre la legislación española y la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, en tanto que las tres medidas de la legislación española que supuestamente previenen y combaten el abuso en dicha contratación, analizadas por el Tribunal europeo y contempladas en la legislación española no son eficaces.

Sin embargo, los tribunales españoles, a quienes corresponde enjuiciar los casos sometidos a cuestiones prejudiciales, han matizado mucho la doctrina sentada por el TJ, incluso la de la última sentencia de los casos *Sánchez Ruiz* y *Fernández Álvarez* donde se hizo palmario el incumplimiento de la Administración respecto de la ejecución de las ofertas públicas de empleo. Respecto de los contratos temporales de duración superior a tres años, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de la conversión automática

de esas relaciones laborales en indefinidas (STS -pleno- de 24 de abril de 2019, rcud. 1001/2017, 12-11-2019, rcud. 3503/18, 20-11-2019, rcud. 2732/2016, 3-12-2019, rcud. 3107/2018 y 3-12-2019, rcud. 3284/2018). Para el Alto Tribunal, el hecho de que la duración del contrato temporal supere el plazo improrrogable dispuesto en el EBEP (art. 70) para la ejecución de la oferta pública de empleo o instrumento similar, no es motivo *automático* para asociar dicho incumplimiento con la calificación de la relación como indefinida; de ahí que serán las *circunstancias específicas* de cada supuesto las que han de llevar a determinar si lo que se puede haber producido, en realidad, es una utilización incorrecta de una contratación temporal que carezca de causa habilitante. Esas circunstancias específicas liberatorias de la imputación de un incumplimiento a la administración residen por ejemplo en el congelamiento de la oferta pública de empleo durante los años siguientes a la crisis de 2008.

Con la jurisprudencia del TJUE, se demuestra que no son tanto las normas jurídicas que regulan la contratación temporal en el sector público las que yerran o no se sitúan en línea con el Derecho de la Unión, cuando lo que aprecian las sentencias europeas es un recurrente abuso por parte de la administración pública española en la contratación temporal: se abusa de las razones objetivas que permiten contratar temporalmente con la inestimable ayuda de la inactividad de la Administración que no ejecuta la oferta pública de empleo, lo que se traduce en el incumplimiento del plazo “improrrogable” de 3 años para convocar oposiciones que se contempla en el art. 70 EBEP. Quizás en esa apreciación se expliquen las dificultades que ha encontrado el Tribunal Supremo para declarar la fijeza de algunas relaciones laborales desarrolladas en el sector público.

Sobre la reforma que plantea el Gobierno a instancias de Bruselas, creo que debe ir encaminada a dos objetivos: el primero se enfoca a dar una solución a este personal que no ha podido estabilizar su relación con la administración por no haberse convocado ofertas públicas de empleo en tiempo. La transformación de la relación temporal de los empleados públicos en empleados indefinidos no fijos –figura de creación jurisprudencial- resolvería el problema de respetar el mandato constitucional que alumbra el acceso a la función pública, ya que esos empleados públicos no se convertirían en funcionarios de carrera, con las características propias de este personal.

En conclusión, y en mi opinión, el gran problema de la regulación jurídico-laboral española es que falla la prevención del abuso, tanto en la contratación temporal privada como en la pública. Por ello, acudir a una medida objetiva para prevenir esos abusos, como sería la limitación en el tiempo de la

contratación temporal, redundaría en positivo para evitar la doliente dualidad que caracteriza a nuestras relaciones de trabajo.

Aún y todo, no creo que una hipotética intervención legislativa frene en seco la contratación temporal ya que se trata de un problema demasiado instaurado en la 'cultura española'. Además, factores estructurales e institucionales, como la debilidad de los colectivos sobre los que opera la temporalidad con mayor crudeza, los jóvenes y las mujeres, restan optimismo a un cambio significativo a corto plazo.

NETS