

# LA TEMPORALIDAD ENDÉMICA DEL MERCADO LABORAL ESPAÑOL Y SU NECESARIA REFORMA LEGAL

ALBERTO PASTOR MARTÍNEZ

NET21 NÚMERO 7, DICIEMBRE 2021

La «endemia» es según la Real Academia Española (RAE) una «enfermedad que reina habitualmente, o en épocas fijas, en un país o comarca». Si continuamos en el Diccionario de la RAE podemos leer que «enfermedad» es, en su primera acepción, una «alteración más o menos grave de la salud» y, en su tercera acepción, una «anormalidad dañosa en el funcionamiento de una institución, colectividad, etc.». Los tres significados nos sirven para describir lo que ocurre con la temporalidad que “padecen” los trabajadores y trabajadoras asalariadas y que caracteriza el mercado de trabajo en España. Basta una breve comparación de algunos datos estadísticos para que quede corroborada la “anormalidad” de nuestra situación en el contexto europeo.

La tasa de personas de 15 a 64 años con contratos de duración determinada de España se mantiene en porcentajes que siempre han superado la media de la UE (27) en más de 9 puntos, alcanzando en los últimos años unos diferenciales de 10,2 (2019) o 10,1 (2018) y aunque en (2020) “desciende” a 9,6 puntos, ello es un efecto de la crisis generada por la COVID-19. Una crisis que, como ocurrió con la del 2009-2012, ha supuesto la destrucción de un elevadísimo número de contratos temporales con relación a los indefinidos, a pesar de que la normativa de emergencia dictada en 2020-2021 facilitó su inclusión en los ERTES que se aprobaron con ocasión de esta.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
EU-27 (desde 2020)	11,2	11,5	11,7	11,4	11,4	11,8	12,1	12,2	12,3	12,2	11,7	10,5
Euro área	11,4	11,7	11,9	11,5	11,3	11,7	12,0	12,2	12,6	12,7	12,3	11,1
España	20,6	20,3	20,8	19,2	18,9	19,6	20,7	21,5	22,1	22,3	21,9	20,1
Diferencial (Esp-EU27)	+9,4	+8,8	+9,1	+7,8	+7,5	+7,8	+8,6	+9,3	+9,8	-10,1	+10,2	+9,6

Datos extraídos (15-12-2021) Eurostat. Elaboración propia

Aunque sin duda las causas que nos han llevado a esta situación son diversas y todas deberían tenerse en cuenta para su abordaje, no deberían, en ningún caso, ser una excusa para no actuar. Máxime cuando la luz de los datos evidencia que, algunas de ellas, constituyen pretextos carentes de justificación. Así, por ejemplo, resulta habitual intentar justificar nuestra temporalidad en la acusada estacionalidad de nuestros sectores productivos. Sin embargo, los datos nos muestran que el sobredimensionamiento comparativo de nuestra tasa de temporalidad se produce en todos los ámbitos.

ACTIVIDAD ECONÓMICA	% temporalidad 2019
Industria	19,4
Construcción	47,2
Comercio y reparación de vehículos	19,9
Transporte y almacenamiento	25,9
Hostelería	34,3
Información, comunicaciones, actividades financieras, de seguros e inmobiliarias	10,5
Actividades profesionales, científicas y técnicas	22,0
Actividades administrativas y servicios auxiliares	43,9
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento y otros servicios	34,6

Datos de la Encuesta Laboral Anual del Ministerio de Trabajo 2019

Y si bien es cierto que hay sectores (señaladamente la construcción, actividades administrativas y servicios auxiliares, hostelería y actividades administrativas y servicios auxiliares) en los que la tasa de temporalidad se dispara, igual de cierto es que, en primer lugar, en todos, de nuevo, prácticamente duplicamos la media europea y, en segundo lugar, que incluso en aquellos sectores más estacionales, en ningún momento del año, la tasa de temporalidad cae por debajo del 25%.

Algo similar ocurre, con la “falta de músculo” de nuestro tejido productivo como argumento justificativo. La temporalidad “sobredimensionada” afecta a todo tipo de empresas con independencia del tamaño de su plantilla y aunque se advierte que, a medida que aumenta la dimensión de la plantilla se reduce el número de trabajadores con contrato de duración determinada, en todas ellas, la cifra se sitúa en números que multiplican por más de dos el promedio europeo.

TAMAÑO DE LA EMPRESA	% temporalidad 2019
De 5 a 9 trabajadores	29,5
De 10 a 49 trabajadores	28,1
De 50 a 249 trabajadores	26,4
De 250 a 499 trabajadores	25,2
Más de 499 trabajadores	26,1

Datos de la Encuesta Laboral Anual del Ministerio de Trabajo 2019

Y aunque la temporalidad afecta con mayor intensidad al empleo público (con una media del 27.7 % en 2019) que al sector privado (media del 25'9% en 2019), las cifras evidencian que el problema se sitúa en ambos ámbitos en términos de relativa igualdad.

Compartiendo la idea de que el problema de la temporalidad como precariedad es una cuestión que trasciende del derecho, para ser expresión de los efectos de una determinada estrategia empresarial, creemos que su solución pasa inexorablemente porque el Derecho se convierta en un instrumento efectivo de ordenación de las relaciones laborales. Una valoración que, en este caso, no es sólo expresión de una determinada opción ideológica sino fruto de una exigencia jurídica. Al respecto conviene recordar, como ha señalado la propia jurisprudencia, que *“la de indefinición del contrato de trabajo y la limitación de los supuestos de relaciones laborales de duración determinada”* (STS 1137/2020, de 29 de diciembre) constituye una regla esencial de nuestro sistema de relaciones laborales, una exigencia impuesta al poder político por la normativa constitucional y la normativa internacional y europea.

La dualidad que padece nuestro mercado de trabajo no es una situación natural que responda a una necesidad fisiológica, el contraste de nuestras cifras con las europeas así lo evidencia, sino a la utilización excesiva/fraudulenta de la contratación temporal por parte de las empresas y administraciones públicas. Se ha señalado que la continuidad de nuestras *“desoladoras”* cifras implicaba un fracaso de las intervenciones normativas, a nuestro juicio, sin embargo, esas cifras más que el resultado de una acción normativa lo son de la abstención normativa. Un *laissez faire* normativo que supone la asunción de los presupuestos normativos (de)generadores de la lacerante bolsa de temporalidad que padecemos. El legislador no ha profundizado en la mejora del entramado normativo cuando, por la forma en que los operadores jurídicos habían asimilado las normas existentes, era evidente la necesidad de hacerlo. Es tiempo para que, utilizando los términos empleados por el TJUE, se adopten medidas *“lo bastante efectivas y disuasorias”* para evitar el abuso de la contratación temporal. La ruptura de la cultura de la temporalidad requiere un tratamiento de choque que debe desarrollarse a través de una actuación normativa que incida en diversos ámbitos y a ser posible a través de un gran acuerdo social en el que el legislador, sin hacer dejación de funciones, comprometa y participe a la negociación colectiva.

El último documento presentado por el Gobierno a la mesa de dialogo social en la que se discute la reforma del marco normativo laboral supone en si mismo, un cambio de rumbo, al acabar con el largo paréntesis de *laissez faire* normativo que, en materia de lucha contra la temporalidad, caracterizó la política de la anterior mayoría parlamentaria. A nuestro juicio, dos son las grandes virtudes “metodológicas” de la propuesta. La primera, consiste en efectuar, lo que podríamos denominar, un tratamiento contextualizado de la temporalidad para abordar de manera conexas la contratación temporal con el tratamiento de otras instituciones como son la regulación del contrato fijo discontinuo o los ERTES como vías preferentes para canalizar determinadas necesidades de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo. La segunda reside en desarrollar un abordaje transversal en el que se incorporan medidas que inciden en diversos aspectos de su régimen jurídico. No siendo este, por cuestiones de espacio, el ámbito apropiado para efectuar el análisis de unas medidas que, en cualquier caso, no dejan de ser aún meras propuestas, sí que queremos resaltar algunas de las que, a nuestro juicio, presentan mayor calado.

Así, en primer lugar, la reforma supone un reforzamiento de la causalidad y de la desvinculación de la contratación temporal con la actividad habitual u ordinaria de las empresas. De esta forma, se substituye el contrato de obra o servicio por un contrato para tareas ocasionales de menor duración (3 meses) que se limita numéricamente en función del número de trabajadores de la empresa y que “en ningún caso” podrá servir para la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, en línea con el reciente cambio de posición jurisprudencial (STS 1137/2020, de 29 de diciembre o STS 688/2021, de 30 de junio). Un segundo aspecto que destacar es la incorporación de una nueva causa de nulidad en la calificación del despido “*respecto de aquellos contratos concertados al margen de las razones justificativas previstas en las disposiciones legales, y, en concreto, de las referidas en el artículo 15, cualquiera que sea la causa alegada para la extinción*”. Ello, que supondría un retorno parcial de la nulidad del despido sin causa, ahora sólo para los contratos temporales, debería ser complementado, a nuestro juicio, con el reconocimiento de la procedencia para las hipótesis en las que la extinción constituya un despido disciplinario o por causas objetivas que pueda calificarse como procedente (el documento consultado no ha previsto la modificación del último párrafo del art.55) y, seguramente, vincularlo a la utilización fraudulenta.

En tercer lugar, se refuerza y complementa la limitación de la concatenación de contratos. Así, se mantiene la limitación de los 24 meses en un periodo de 30 en su configuración actual pero se añade una dimensión objetiva conforme a la cual cuando el puesto de trabajo, entendido como el desarrollo de unas iguales o equivalentes tareas y funciones, sea ocupado con contratos para actividades ocasionales durante más de cinco meses en un año, la persona que lo esté ocupando, o que lo ocupe tras ese periodo, será considerada indefinida. Aún siendo conscientes de que la aplicabilidad de esta norma puede plantear ciertas dificultades, creemos que merece una valoración positiva por cuanto trata de evitar que la limitación de la concatenación se convierta en un factor que estimule un efecto sustitución de las personas trabajadores. Al respecto conviene destacar que, en nuestro Estado, el empleo temporal lejos de actuar como una palanca o vía de acceso a formas de empleo más estables constituye una arena movediza de la que resulta especialmente complejo surgir. Las elevadísimas cifras de temporalidad conviven con una muy baja tasa de transición del empleo temporal al indefinido (conforme cifras de Eurostat, en España en 2019 sólo un 15,1% de los trabajadores temporales transitaron a un contrato indefinido en un periodo de referencia de 3 años, frente a los 25,6% de la UE (27), lo que nos sitúa en el tercer peor lugar). Por último, y desde una perspectiva sancionadora, se mejoran los mecanismos de reacción pública, adecuando la gravedad y cuantía de las sanciones a imponer en los supuestos de utilización fraudulenta (10.000€) especialmente en las hipótesis de afectación a una pluralidad de trabajadores (la sanción será ahora por persona contratada fraudulentamente).

En cualquier caso, y aunque sin duda la vía del dialogo social constituye una vía especialmente idónea para abordar la regulación de una cuestión que requiere el compromiso de todas las partes, ello no puede servir de excusa para que, llegado el caso, el Gobierno adopte las medidas legislativas necesarias para evitar una utilización abusiva de la contratación temporal. Estas prácticas empresariales que sin duda, menoscaban los derechos de los trabajadores y trabajadoras afectadas, también suponen un perjuicio para la sociedad en general, en forma de desincentivo para la demanda y de la inversión en innovación, de desaceleración del crecimiento de la productividad, aumento de riesgos para la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y de la volatilidad de los mercados de trabajo o competencia desleal entre empresas. A ver si en este ámbito también nos vacunamos.