



La endémica situación de la contratación temporal como justificante de una necesaria revisión de sus presupuestos normativos.

Alberto Pastor Martínez¹

Recibido: 23 de agosto 2021 / Aceptado: 31 de enero de 2022

Resumen. Formalmente, el sistema español de contratación reserva, sobre todo desde 1997, la utilización de los contratos temporales para la cobertura de puestos de trabajo temporales. Sin embargo, nuestras elevadas cifras de temporalidad evidencian, en términos comparados con los otros países de la Unión Europea, que existe una utilización excesiva de esta modalidad contractual. El trabajo, centrándose en el trabajo temporal estructural, pretende destacar cómo las diversas reformas normativas que se han producido desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores no han garantizado la efectividad del principio de causalidad y, cómo, sólo, muy recientemente, parece que se está iniciando una tarea de reconstruir ese principio desde la exigencia de una auténtica temporalidad en las actividades cubiertas a través de la contratación temporal.

Palabras clave: Contratos de trabajo atípicos, contratación temporal, contratación de duración determinada.

[en] The endemic situation of temporary employment in Spain as a justification for a necessary review of its regulatory framework

Abstract. The Spanish employment system formally reserves, especially since 1997, the use of temporary contracts to cover temporary jobs. However, our high temporary employment rates show an excessive use of this type of contract in comparison with other European Union countries. This paper, focusing on structural temporary work, aims to highlight how the various regulatory reforms that have taken place since the approval of the Spanish Workers' Statute have not guaranteed the effectiveness of the principle of causality and how, only very recently, does it seem that a task of reconstructing this principle based on the requirement of genuine temporality is beginning.

Keywords: Non-standard forms of employment, temporary employment, fixed-term employment.

Sumario: 1. El contrato temporal en el mercado de trabajo español: una atipicidad endémica. 2. La reforma del marco normativo de la temporalidad como exigencia jurídica. El cuestionable cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. 2.1. Las reformas normativas. Una actuación insuficiente de los poderes públicos y los agentes sociales. 2.2. La Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en torno a la cláusula 5 como palanca de cambio. 3. Los primeros pasos hacia un cambio de rumbo. 3.1. El contrato de obra o servicio. Hacia una lógica recausalizadora. 3.2. La limitación de la contratación temporal en el ámbito del empleo público. El diálogo entre la jurisprudencia nacional y europea y su proyección sobre la reforma del empleo público. 3.3. La anunciada y necesaria reforma legislativa. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

¹ Universidad Autónoma de Barcelona.
Correo electrónico: albert.pastor@uab.es

1. El contrato temporal en el mercado de trabajo español: una atipicidad endémica

La Reunión tripartita de expertos sobre formas atípicas de empleo celebrada a instancias del Consejo de administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en marzo de 2015 identificó cuatro categorías de empleo atípico, entre las que se incluían los contratos de duración determinada y otras formas de trabajo temporal². Se trata, conforme indicaron por unanimidad los 24 expertos, de formas que, durante las últimas décadas, como consecuencia de factores diversos, han experimentado un crecimiento evidente en todos los Estados³.

El grupo de expertos, reconociendo que estas formas atípicas de empleo pueden cumplir finalidades legítimas y adecuadas para todas las partes implicadas, constata, sin embargo, que estas modalidades están asociadas con una mayor inseguridad para los trabajadores y para el ejercicio de sus derechos laborales. Unos problemas que no se agotan en un plano individual, sino que puede tener consecuencias negativas para la economía a largo plazo, en forma de escasa inversión en innovación, una desaceleración del crecimiento de la productividad, riesgos para la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social, el aumento de la volatilidad de los mercados de trabajo, y de competencia desleal entre empresas. La OIT reconoce que el trabajo puede revestir formas contractuales variadas. El objetivo no es que todo el trabajo se ajuste al modelo típico, sino más bien que todo el trabajo sea decente (Casas Baamonde, 2017). Que el trabajo atípico no sea utilizado para socavar los derechos laborales, se logra, de nuevo a juicio de tales expertos, “mediante el establecimiento de un marco normativo apropiado, el cumplimiento y la firme aplicación de la legislación, y un diálogo social eficaz”⁴.

Trabajo atípico y trabajo precario, aunque no son realidades necesariamente coincidentes, constituyen variables muy dependientes de las lógicas de mercado que, en contextos de altas tasas de desempleo y temporalidad, confluyen (Baylos Grau, 2009). Sólo con una normativa adecuada y eficaz se evita que el empleo atípico se “estructuralice” y devenga una arena movediza de precariedad, en la que los contratos atípicos pierden su capacidad de palanca hacia empleos más estables e instrumento de realización de derechos de las personas trabajadoras.

Para el caso español hemos hablado de atipicidad endémica. 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 funciona-

² Las otras tres formas son el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades contractuales en las que intervienen múltiples partes y, finalmente, las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo autónomo dependiente. Conclusión 2 de las Conclusiones de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo. Documento GB.323/POL/3, Consejo de Administración, 323.a reunión, Ginebra, marzo de 2015, (disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_354089.pdf).

³ Los factores que explican el incremento de las formas de empleo atípicas son diversos y variables de un país a otro. Así, aspectos como los cambios en la estructura de las economías con un peso cada vez más importante de los servicios, frente a la industria y los servicios, el incremento de la competencia a nivel global, la incorporación masiva de las tecnologías digitales a los procesos organizativos y productivos y, finalmente, los cambios en los modelos organizativos y de gestión empresariales son algunos de los factores que se han señalado como causantes del incremento del empleo atípico.

⁴ Conclusión 3, ob. cit.

miento de una institución, colectividad, etc.”. Los tres significados nos sirven para describir lo que ocurre con la temporalidad que “padece” el sistema español de relaciones laborales. Estamos ante una alteración estructural y patológica de nuestro mercado, un diagnóstico ante el que existe coincidencia⁵ y que se evidencia con datos. A estos efectos, creemos que resulta revelador mostrar los datos que comparan los niveles de temporalidad del mercado de trabajo español con los de los otros países de la Unión Europea (UE)⁶. Unos datos en los que se aprecia como la tasa de personas de 15 a 64 años con contratos de duración determinada de España se mantiene desde 2009 en tasas que siempre han superado la tasa media de la UE (27) en más de 8,2 puntos de media, alcanzando en los últimos años unos diferenciales de 9, 9,4 y 9,5 puntos.

Tabla 1. Tasa de temporalidad UE

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
EU-27 (desde 2020)	12,4	12,7	12,8	12,5	12,5	12,7	13,0	13,2	13,4	13,3	12,8
Euro área					12,6	12,8	13,1	13,3	13,7	13,9	13,5
España	21,1	20,7	21,1	19,5	19,1	19,9	20,9	21,8	22,4	22,7	22,3
Diferencial	8,7	8	8,3	7	6,6	7,2	7,9	8,6	9	9,4	9,5

Datos extraídos de Eurostat. Elaboración propia.

Una situación que afecta a todo tipo de empresas con independencia de la dimensión 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.

Tabla 2. Temporalidad y dimensión de la plantilla

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.

⁵ Entre muchos otros, Cardona y Cabeza, 2021: 125; Morón Prieto, 2000: 159; Pérez del Prado, Daniel, 2021: 138; Valdés Dal-Ré, 2010, refiriéndose a la alta tasa de temporalidad como inseparable compañero de viaje al que además califica de indeseable y resistente.

⁶ Unos datos que hemos creído conveniente referir a 2019 por ser un momento previo al “reajuste” efectuado por la crisis económica 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 y ello a pesar de que la normativa de emergencia dictada en 2020-2021 facilitó su inclusión en los ERTES que se aprobaron con ocasión de la misma. Por cuestiones de espacio, no hemos hecho referencia expresa a las personas jóvenes o a las diferencias que existen por género, pero la temporalidad afecta en mayor medida al colectivo de las personas jóvenes y de las mujeres.

Un sobredimensionamiento comparativo que se produce también con independencia del sector en el que se encuadre la empresa, por cuanto si bien es cierto que hay sectores (señaladamente la construcción, actividades profesionales, científicas y técnicas y hostelería) en los que las tasas de temporalidad se disparan, en todos ellos, de nuevo, prácticamente duplicamos la media europea.

Tabla 3. Temporalidad por sectores

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.

Como señalábamos, el trabajo atípico y especialmente el contrato temporal, puede suponer una palanca hacia formas de empleo típicas siempre y cuando se acompañe de las debidas garantías normativas y estas sean efectivas. No parece ser este el caso español, las elevadísimas cifras de temporalidad conviven con una muy baja tasa de transición del empleo temporal al indefinido: así 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 lugar⁷.

2. La reforma del marco normativo de la temporalidad como exigencia jurídica. El cuestionable cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999

Compartiendo la idea de que el problema de la temporalidad como precariedad es una cuestión que trasciende del derecho, para ser expresión de una determinada ideología y de una estrategia empresarial (Pérez Rey, 2016 y Pitxer y Sánchez 2016)⁸, creemos que su solución pasa inexorablemente por que 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

⁷ Datos consultados en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tepsr_wc230/default/table?lang=en (5 de julio de 2021)

⁸ Para una visión jurídica puede verse Lahera Forteza, J. (2007).

fruto de una exigencia jurídica. Al respecto conviene destacar que la estabilidad contractual, la prevalencia del contrato indefinido y el carácter complementario del contrato de duración determinada, constituye una exigencia impuesta al poder político por la normativa constitucional y la normativa internacional.

2.1. Las reformas normativas. Una actuación insuficiente de los poderes públicos y los agentes sociales

La necesidad de abordar una reforma del marco normativo es una evidencia que se ha puesto de relieve unánimemente⁹. Las cifras patentizan la ineffectividad de una normativa construida desde la lógica de que el régimen jurídico típico debiera ser el contrato indefinido y que, sin embargo, no logra cumplir con ese objetivo¹⁰. Una realidad estadística que incluso aflora en la propia jurisprudencia como elemento justificativo material para efectuar una reinterpretación más restrictiva de sus propios planteamientos y que, en cualquier caso, debiera servir para provocar una actuación legislativa verdaderamente decidida. Y no es que no haya habido intervenciones normativas que recurrentemente han pretendido, actuar contra la temporalidad o la denominada dualidad del mercado de trabajo. Veamos, aunque sea sintéticamente, cuáles han sido las principales actuaciones normativas desarrolladas y cuáles han sido sus rasgos caracterizadores¹¹.

El primer periodo (1980-1997). La apuesta por una temporalidad “descausalizada”. Existe acuerdo en situar en la Ley 32/1984, de 2 de agosto, el pecado original. Si bien es cierto que ya el Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre¹² y la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980 van a autorizar la contratación temporal de manera “descausalizada” con el objeto de fomentar la contratación, es la Ley 32/1984, de 2 de agosto, la que, como con acierto se ha indicado, procede a configurar “*francamente, sin reserva y sin vergüenza*”, la contratación temporal como una medida de fomento del empleo (Rodríguez-Piñero 1985, 49)¹³. La contratación temporal sin exigencia de causa temporal (el contrato temporal de fomento del empleo) deja de configurarse como una contratación excepcional, reservada para determinados colectivos con dificultad de acceso al mercado de trabajo, para generalizarse y liberarse de cualquier limitación cuantitativa¹⁴. La crisis económica de los 80 se convierte en la excusa y pretexto para debilitar el principio de estabilidad en el empleo y el principio de causalidad en la contratación temporal dando pie a una si-

⁹ En algún caso, Cardona 2021, además de postularse la conveniencia y necesidad de operar esas reformas, se defiende que ello debiera realizarse en el contexto o marco de un gran pacto social que involucre a poderes públicos y agentes sociales

¹⁰ La valoración negativa de los resultados normativos es una constante en los estudios realizados. De esta forma, rotundamente Goerlich (2017, 13) indica que “*la continuidad de estas cifras a la altura de 2016 implica un fracaso de las intervenciones normativas*”

¹¹ El examen deja de lado, por exigencias formales, el examen de la contratación formativa. Un ámbito de contratación temporal con problemáticas que son, por otra parte, propias y singulares.

¹² Su art. 11 posibilitaba que las empresas temporalmente pudiesen contratar “a personas en situación de desempleo o que accedan a su primer empleo, con carácter eventual, por plazo no superior a seis meses, cualquiera que sea la naturaleza del trabajo a que hayan de adscribirse”.

¹³ Nótese al respecto que mientras que en 1980 la tasa de temporalidad no alcanzaba el 10%, en 1990 ya se sitúa en 30,4%, un crecimiento que alcanza su punto más alto en los terceros trimestres de 2005 y 2006 con un 34,5%.

¹⁴ Cabe añadir la creación de una nueva modalidad de contratación temporal estructural, que se adiciona, al contrato de obra o servicio, al eventual y al de interinidad, el de lanzamiento de nueva actividad.

tuación esquizofrénica, que se va a mantener a lo largo de los años, en la que la proclamación general de un principio teórico de causalidad contrasta con una realidad en la que la contratación temporal se consolida en números que no guardan relación con lo que ocurre en otros contextos europeos.

El segundo periodo (1997-2001). El inicio de la recausalización. Se ha situado en el **Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997** el hito que marca el cambio de rumbo en la actuación de nuestra normativa respecto a la contratación temporal¹⁵. El Acuerdo, en un contexto de elevado desempleo (22% de la población activa) y alta temporalidad (34%) rompe con la dinámica de la utilización del contrato temporal descausalizado como vía general de fomento del empleo para tratar de reforzar la lógica de la necesaria causalidad de la contratación temporal. El Gobierno transpuso el contenido del Acuerdo mediante la aprobación de dos Reales Decretos (el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 mayo y el Real Decreto-ley 9/1997, también de 16 de mayo¹⁶) que marcan la doble pauta de tendencia que va a seguir la posterior normativa dictada en materia de contratación: la adopción de medidas de fomento de la contratación indefinida y el reforzamiento del principio de causalidad. En este primer *iter* normativo, básicamente, a través de la creación de una nueva modalidad de contrato de duración indefinida, el contrato de fomento de la contratación indefinida, dirigido a unos colectivos concretos¹⁷, cuya nota característica fundamental es la reducción de la cuantías indemnizatorias en los supuestos de despido objetivo declarado improcedente y la presencia de bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social y, de otra parte, con la supresión del contrato temporal de fomento del empleo y del contrato temporal de lanzamiento de actividad¹⁸.

¹⁵ Se ha señalado que la reforma de 1994 en lo que concierne a la regulación de la contratación temporal, “*inaugura una nueva estación normativa, proseguida y acentuada por la ulterior reforma de 1997, y con la que, en esencia, se abandona el recurso a la contratación de duración determinada como medida de fomento del empleo*” (Valdés 2010, pág. 10). A nuestro juicio, el papel del legislador del 94 es, en el mejor de los casos, calificable de pasivo por cuanto, además de no actuar frente a la situación existente, adopta ciertas medidas que ahondan o favorecen la temporalidad. Es el caso, por ejemplo, de la creación de una nueva modalidad de interinidad, la interinidad por cobertura de vacante, la permisón de que la negociación colectiva amplíase la duración de los contratos temporales más empleado, el de obra y servicio y el eventual, y de la legalización y promoción de las ETT, que encuentran en la contratación temporal su vía de actuación ordinaria.

¹⁶ Convertidos posteriormente en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, y en la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, respectivamente, con iguales denominaciones.

¹⁷ De un lado, los trabajadores afectados por desempleo, bloque éste en el que se incluyen los jóvenes entre dieciocho y veintinueve años, los parados de larga duración, que lleven inscritos al menos un año como demandantes de empleo, los mayores de cuarenta y cinco años y las personas con discapacidad. De otro, los trabajadores que, en la fecha de su celebración, estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos.

¹⁸ Con relación a la causalidad se modifica el art. 15.1 para añadir que la obra o servicio deben tener “*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*”. Se modifica ligeramente la habilitación a la negociación colectiva para ampliar la duración del contrato eventual y se limita la duración máxima y el periodo de referencia que puede pactarse colectivamente para dejarlo en la redacción actualmente vigente (“*el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido*”). Por último, se prevé una habilitación a la negociación colectiva para que respecto al contrato eventual pueda “*determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa*”.

Las reformas realizadas no consiguieron, sin embargo, los resultados esperados. En el período comprendido entre 1997-2000, la tasa de temporalidad apenas había descendido un punto y medio, pasando de 33,6 (1997) a 32 (2000)¹⁹.

El tercer periodo (2001-2010). La defectuosa transposición de la Directiva 1999/70/CE. La siguiente gran reforma normativa se produce en el 2001 de la mano del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, posteriormente convertida en la Ley 12/2001, de 9 de julio, con el mismo título. Tras el fracaso de un proceso de diálogo social, el Gobierno efectúa una reforma que por lo que a la contratación se refiere supone esencialmente, de una parte, la conversión del contrato indefinido de fomento del empleo, recordemos que con una indemnización por despido objetivo improcedente rebajada, en un contrato estructural ya desvinculado de la coyuntura del mercado de trabajo y generalizado subjetivamente, y, de otra parte, la reforma del art. 15 del TRLET para efectuar una incompleta transposición de la Directiva sobre contratación temporal. Antes de que finalizase el plazo temporal del que disponía, el legislador transpone parcialmente y sin mencionarlo la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada²⁰. A pesar de que, como veremos con posterioridad con mayor detenimiento, la cláusula quinta del Acuerdo establecía la obligatoriedad de que los Estados, salvo que ya tuviesen medidas legales equivalentes, adoptasen medidas para prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, el legislador español, ante una realidad que evidenciaba la insuficiencia de la normativa nacional antifraude de la contratación temporal²¹, se limita a remitir a la negociación colectiva la resolución del problema incorporando un nuevo apartado quinto al art. 15 conforme al cual “*los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de los contratos temporales*”²².

Habrà que esperar al Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre, con el mismo título, para que se produzca un cambio de cierta relevancia en la normativa anti fraude en materia de contratación temporal a través de la incorporación de la limitación del encadenamiento de contratos que se incluye en el nuevo apartado quinto del art. 15. Una norma que, aunque con el efecto negativo de favorecer una rotación substitutiva y de no ser aplicable a los contratos formativos, de relevo y, sobre todo, de interinidad, marca una pauta que va a ser objeto de mejora con posterioridad²³.

El cuarto periodo. (2010-2020). Las crisis como factor condicionante. A partir de mediados de 2008 la crisis financiera desatada con el derrumbe de las hipotecas

¹⁹ Datos extraídos de *Economía, trabajo y sociedad. España 2002. Memoria sobre la situación económica y laboral*, CES, Madrid, 2003, pág.278

²⁰ El art. 2 de la Directiva. establecía el 10 de julio de 2001 como plazo máximo para su trasposición.

²¹ Básicamente la presunción *iuris tantum* de indefinidos de los contratos celebrados en fraude de ley (art. 15.3 TRLET y la normativa administrativo laboral sancionadora.

²² Debe destacarse que otros contenidos de aquella Directiva, como el reconocimiento del principio de no discriminación de los trabajadores temporales respecto los trabajadores con contratos indefinidos o las obligaciones de información de vacantes indefinidas, sí que fueron incorporados en los nuevos apartados sexto y séptimo.

²³ Como indica la STS 03-11-2008 (Rec. 169/2007) se trata de una norma que trata de “*evitar el abuso de la contratación temporal y facilitar el acceso a un empleo estable*”.

subprime impacta en la economía española²⁴, una crisis a la que sigue la crisis de deuda soberana de 2012. A diferencia de lo ocurrido con las de 1973 o 1993, esta crisis, como va a ocurrir con la generada con ocasión del COVID-19, va a incidir de forma especialmente intensa en el empleo temporal²⁵. El diálogo social tripartito de la primera década termina sin éxito, ello no impidió, sin embargo, que el Gobierno dictase el RDL 10/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo posteriormente transformado en la Ley 35/2010 del mismo nombre. La norma, con el objetivo de acabar con la dualidad del mercado laboral español, a través de un conjunto de medidas diversas, se construye sobre la lógica de limitar la contratación temporal y fomentar la indefinida a través de su flexibilización, tanto interna como externa. En el haber de la reforma, se sitúa, en primer lugar, el establecimiento de una (no obstante amplia) duración máxima del contrato de obra (art. 15.1.a ET)²⁶; en segundo lugar, la mejora de la normativa del límite temporal en el encadenamiento de contratos temporales (art. 15.5 TRLET) y, en tercer lugar, el aumento gradual de la indemnización en la extinción de contratos temporales con el horizonte en 2015 de 12 días salario/año coincidente con el coste real para la empresa de los despidos procedentes por causas empresariales (DT 3.^a Ley 35/2010)²⁷.

Mucho menos benevolente es el juicio que cabe realizar de la reforma operada en el 2012. El legislador, a través del Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, y de la subsiguiente Ley 3/2012 de 6 de julio, lejos de adoptar alguna norma que afronte directamente la cuestión de la limitación de la temporalidad, suspende temporalmente la aplicación de la limitación al encadenamiento de contratos, y la actuación contra la dualidad, lejos de desarrollarse a través de la mejora de las condiciones de los “*outsiders*” o desfavorecidos, se desarrolla a través de la reducción de las garantías que rodean a los *insiders*, de la reintroducción de algunas formas de empleo temporal descausalizadas para determinados colectivos específicos o a través de fórmulas

²⁴ Como indica la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2010*, Consejo Económico y Social, 2010, pág. 270 “*En efecto, la crisis, que se inició a finales de 2007, se agravó en lo que respecta al empleo y el paro desde la mitad de 2008, produciéndose la situación más negativa para las dos variables en el cuarto trimestre de 2008 (499.500 empleos menos y 609.100 parados más respecto del trimestre previo) y, sobre todo, en el primero de 2009 (766.000 empleos menos y 802.800 parados más respecto del trimestre precedente), variaciones negativas muy superiores a las producidas en cualquier periodo anterior de la EPA, creada en 1964*”.

²⁵ Del descenso total del empleo asalariado a lo largo de la crisis económica, 1.562.300 empleos menos, el 90,8% (1.418.100 empleos menos) correspondieron a los trabajadores temporales, mientras que solo el 9,2% (144.300 empleos menos) correspondieron a los indefinidos. Este fuerte descenso del empleo temporal, supuso una disminución relativa del 27,2% en el conjunto de los tres años de crisis en relación con el nivel de empleo del cuarto trimestre de 2007, fue mucho más intensa que la del empleo indefinido, equivalente al 1,2%. *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2010*, Consejo Económico y Social, 2010, pág. 300.

²⁶ 3 años ampliables por la negociación colectiva sectorial a un año adicional. Además, se debe tener en cuenta, como fue puesto de manifiesto ya inicialmente (Mercader y de la Puebla 2010) la operatividad del límite temporal encontraba en la propia norma “*numerosas excepciones*” que limitaban su efectividad práctica: 1) su proyección exclusivamente a los contratos suscritos partir de la entrada en vigor de la norma (18 de junio de 2010), no afectando a los contratos anteriores, sujetos a la normativa vigente en la fecha que se celebraron; 2) la inmunidad de la regulación que pudiera contenerse en los convenios sectoriales vigentes en aquel momento y, de manera muy señalada, para el contrato fijo de obra regulado en el convenio general del sector de la construcción y 3) su inaplicabilidad a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

²⁷ También operó una mejora y adaptación de los contratos formativos.

sui generis de contratación indefinida como el derogado contrato de apoyo a los emprendedores, formalmente indefinido pero con un periodo de prueba de un año.

Unas reformas que suponen el inicio de un largo paréntesis en el que la nueva mayoría del Partido Popular no desarrolla ningún tipo de actuación normativa. Un *laissez faire* normativo que no es neutral por lo que supone de asunción de los presupuestos normativos (de)generadores de la lacerante bolsa de temporalidad que padece nuestro sistema de relaciones laborales. El 27 de julio de 2018, dos meses después de la constitución del Gobierno socialista, se aprueba el importante “Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020”²⁸, que anticipa una nueva visión y constituye un indicio de la guía de ruta o intención de las nuevas mayorías parlamentarias al señalar que “*el problema es, en no pocas ocasiones, la propia ley, la normativa laboral vigente. La reforma laboral de 2012, la reforma de la contratación a tiempo parcial de 2013 o la ausencia de reformas normativas para corregir la brecha salarial entre mujeres y hombres, por poner solo algunos ejemplos, están en el origen de las situaciones que asociamos con la precariedad laboral. Resulta por ello necesario la adopción de reformas normativas que ataquen la raíz de estos problemas, reformas que deben adoptarse por las Cortes Generales y que deben enmarcarse a la vez en el diálogo social entre el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos*”. Dejemos para un ulterior epígrafe el comentario de lo ocurrido desde 2018 hasta la actualidad para detenernos siquiera brevemente, en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia que el TJUE ha dictado en su aplicación por cuanto va a constituir una palanca de cambio fundamental para los cambios que en materia de contratación temporal se han producido especialmente en los dos últimos años.

2.2. La Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en torno a la cláusula 5 como palanca de cambio

La Directiva 1999/70/CE incorporó como Anexo el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada alcanzado por los agentes sociales europeos el 18 de marzo de 1999. El Consejo, haciéndose eco de la invitación formulada por el Parlamento el 6 de mayo de 1999, culminaba un largo y complejo proceso normativo iniciado en 1982 con el fracaso de la Proposición de Directiva del Consejo en materia de trabajo temporal y contratos de duración determinada de 1982.

La aprobación de la Directiva puede leerse como el inicio de un cambio de tendencia por parte de los poderes políticos de la UE. En este sentido, hay que incardinarla en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo que se diseñó en el Consejo de Luxemburgo de 1997 y más concretamente en el tercero de los cuatro pilares que la integraban, el de la adaptabilidad, que pretendía la modernización de la organización y la flexibilidad del trabajo y la elaboración de contratos adaptables a los distintos tipos de trabajo. La Directiva, sin embargo, a través de la incorporación del Acuerdo marco, incorpora la idea de la seguridad. Frente a la utilización de los contratos temporales como medida de empleo, con el objeto de promocionar el empleo, lógica dominante a nivel nacional por gran parte de los Estados miembros desde la crisis del 73, el Acuerdo marco, tras reconocer el carácter típico de la contratación

²⁸ Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE 28-07-2018)

indefinida, se auto-refiere a sí mismo como “*una nueva contribución para la consecución de un mayor equilibrio entre flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad para los trabajadores*”²⁹.

La Directiva persigue dos grandes objetivos que evidencian su lógica tuitiva y se expresan con claridad en su Cláusula 1, al referirse respectivamente, en primer lugar, a la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y, en segundo lugar, aquel que es objeto de atención específica en este trabajo: el establecimiento de “*un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*”. Ha de notarse, con relación al segundo de los objetivos, que la Directiva no pretende acotar, con carácter general, el abuso de esta modalidad contractual sino una forma específica de utilización abusiva: la derivada de la concatenación de sucesivos contratos temporales (Cruz Villalón, 2018). Los interlocutores sociales y las instituciones comunitarias renunciaron, a diferencia de lo que ocurría en la *non nata* propuesta de Directiva sobre trabajo temporal, de 30 de abril de 1982, a abordar el tema de la causalidad, la duración de los contratos y a permitir una sola renovación³⁰.

En este sentido, ha de notarse cómo la Directiva no entra a determinar directamente cuál debe ser la causa que justifique el recurso a la contratación temporal, sólo establece que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos pero ello sólo en forma de considerando, no en su parte dispositiva, en la que remite a los Estados miembros la determinación de las condiciones en que los contratos de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. Además la proscripción de la concatenación contractual³¹ se efectúa en forma abierta y “*dúctil*” (Montoya, 2012) por cuanto, la Cláusula 5 deja una amplia libertad a los Estados para la consecución de aquel objetivo al establecer que éstos podrán, si no existiesen medidas legales nacionales equivalentes para prevenir los abusos, optar por la introducción de alguna de las tres medidas propuestas: a) establecer razones objetivas que justifiquen la reno-

²⁹ En el Preámbulo del Acuerdo Marco se establece que “*Las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores*” o en su considerando 6º que “*los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento*”. Sin perjuicio de que, en ese mismo considerando, admita que “*los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores*”.

³⁰ No obstante, el TJUE, en un ejemplo de cierto activismo judicial justificado en garantizar que la Directiva cumpla su finalidad, realiza una interpretación amplia, desde una perspectiva material y no formal, del concepto “*sucesivos contratos*” en el que incluye las prórrogas y extensiones temporales, incluso automáticas, de un único contrato inicial (muy ilustrativas las recientes STJUE de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros, C-760/18 y la STJUE de 3 de junio de 2021, IMIDRA, C-726/19).

³¹ El tenor literal del apartado Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

vación de tales contratos o relaciones laborales; b) establecer la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y c) introducir el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales pero sin establecer requisitos cualitativos o cuantitativos³².

A pesar de que cabría calificar la Directiva como un tibio intento por actuar contra la proliferación de la contratación temporal, lo cierto es que ha constituido el soporte para que el TJUE haya podido desarrollar una importantísima tarea de enjuiciamiento de las políticas nacionales en la materia y de determinación de los parámetros a los que habrían de ajustarse. En un entorno de utilización masiva de la contratación temporal en todos los países de la Unión Europea no era de extrañar que esta fuese una cuestión que se judicializase³³. Tampoco lo es que los países que han visto con mayor frecuencia cómo el TJUE debía pronunciarse acerca de la compatibilidad de su normativa interna con la Directiva sean los países con mayores tasas de temporalidad (24 España y 21 Italia de los 62 asuntos en los que este Tribunal se pronuncia, en su fallo, acerca de la adecuación de las normativas nacionales a esta Directiva).

En la elaboración de esa abundante jurisprudencia y centrandó nuestra atención en aquella expresamente referida a la cláusula 5 (contratos sucesivos) la labor del TJUE se mueve en un delicado equilibrio entre la necesidad de garantizar que se cumpla el objetivo de la Directiva y el respeto a la libertad nacional de escoger entre las diferentes opciones que se les otorga a los Estados. Sin ánimo de exhaustividad y con el propósito de destacar únicamente algunos de los aspectos que mayor incidencia podrían/deberían tener en la eventual reforma del marco normativo de la contratación³⁴. En este sentido, debe destacarse que el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los Estados, derivado de la diversa realidad normativa sobre la que debía proyectarse el Acuerdo y de la necesidad de alcanzar un punto de consenso, no significa que aquellos carezcan de límites, como el TJUE se ha cuidado de señalar la Cláusula 5 del Acuerdo impone “*la adopción efectiva y vinculante*” de por lo menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes (STJUE de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros, C-760/18 o STJUE de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18). En este sentido, la libertad que se reconoce a los Estados para adoptar una o varias de las medidas de actuación frente a la utilización abusiva cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes, no puede suponer que pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco (STJUE de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros, C-760/18, STJUE de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219).

³² Nótese como la propia Directiva en el apartado segundo de la Cláusula 5, remite a los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, o a estos últimos la determinación de las condiciones en qué los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos» y se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

³³ Una consulta en la base de datos del TJUE arroja 62 asuntos en los que este Tribunal se pronuncia, en su fallo, acerca de la adecuación de las normativas nacionales a esta Directiva, frente a sólo 30 sentencias en relación con Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad o los 18 pronunciamientos en relación a la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

³⁴ Un completo e interesante estudio en Cruz Villalón (2018).

Aunque la Directiva no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, sí que *“corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco”* (STJUE de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros, C-760/18, y STJUE de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, el subrayado es nuestro). Añadiendo que *“cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción”* (STJUE de 3 de junio de 2021, IMIDRA, C-726/19, el subrayado es nuestro)

Unas medidas que deben proyectarse tanto en el ámbito privado como en el público (STJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, ap. 54; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, o STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana contra Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, C-177/10)³⁵. Por último y en relación a su eficacia, si bien el TJUE reconoce que la cláusula 5º carece de eficacia vertical directa por cuanto *“no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional”* y admite que el Tribunal nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, no pudiendo servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional, recuerda, no obstante, la obligación de estos de seguir el principio de interpretación conforme (STJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07) incluso *“aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público”* (STJUE de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros, C-760/18)

3. Los primeros pasos hacia un cambio de rumbo

3.1. El contrato de obra o servicio. Hacia una lógica “recausalizadora”

La doctrina ha señalado que los contratos de obra constituyen la principal causa del nivel patológico de temporalidad de nuestro mercado laboral, habiéndose identificado como factores determinantes la insuficiencia de la actuación legislativa, la *“impotencia”* de la negociación colectiva y cierta *“candidez”* de la interpretación jurisprudencial” (Suárez Corujo, 2018). Compartiendo a grandes rasgos dicho diagnóstico queremos resaltar algunos cambios que podrían suponer un cambio de tendencia, así como algunos matices en la comprensión del problema.

La proliferación del contrato de obra tiene, a nuestro juicio, su última causa en una laxa delimitación legislativa de su causalidad. El legislador se limitó en 1997 a incorporar la exigencia de que la obra o servicio tuviese *“autonomía y sustantividad*

³⁵ Sin perjuicio de las posibles excepciones que se prevén en la Cláusula 2 que, en ningún caso habilitan, un espacio franco para el empleo público.

propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta” manteniendo la remisión a la negociación colectiva para que fuese aquella la que identificase “*aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza*”. Desde entonces, transcurridos casi 25 años, el legislador nada ha añadido a una delimitación causal que ha sido entendida, de forma muy amplia por la jurisprudencia, especialmente cuando, a partir de la STS de 15 de enero de 1997 (Rec. 3827/1995), admite como justificación causal la realización de una contrata de obra o servicio o una concesión administrativa³⁶. Una posición jurisprudencial que constituye, como ha señalado la doctrina, un factor clave en la precariedad de nuestro sistema de relaciones laborales³⁷ y que, sin embargo, fue dada por buena por el legislador que se limitó a actuar en relación a las contratas y concesiones de larga duración inicial o sucesiva, a través de la limitación de la duración máxima de los contratos de obra que se introduce en la reforma del 2010 y ello aún de forma restrictiva³⁸, a pesar de que en el documento enviado por el Gobierno a los agentes sociales el 12 de abril de 2010, “*Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo. Documento de trabajo*”, ya se señalaba que una de las medidas a adoptar para racionalizar su uso y evitar el uso injustificado del contrato de obra o servicio, era “*desvincular la causa de esta modalidad contractual de la actividad habitual u ordinaria de la empresa y de la subcontratación empresarial de obras y servicios*”. Habrá que esperar a la muy reciente e importante STS de 29 de diciembre de 2020 (Rec. 240/2018) para que el Tribunal Supremo dé un golpe de timón, parece que definitivo³⁹, a una línea jurisprudencial que ya había ido marcando restricciones⁴⁰ y considere que no es posible celebrar un contrato de trabajo temporal de obra o servicio amparado en la contrata de una empresa contratista, cuando la actividad a la que se destina el trabajador es la habitual u ordinaria de la empresa auxiliar, por mucho que el contrato civil, mercantil o administrativo que une a empresa auxiliar y principal tenga una duración limitada en el tiempo⁴¹.

Sin duda estamos ante lo que cabe calificar como un *leading case* o sentencia referencial cuyas consecuencias aún no son fáciles de determinar. Sin que sea este el espacio apropiado para desarrollar esa labor y a la espera de ver cómo es asumida por el conjunto de operadores jurídicos, resulta claro que la doctrina de la sentencia, la no posibilidad de amparar con carácter genérico y automático un contrato de obra o

³⁶ La posibilidad de utilizar la contratación de obra o servicio en el marco de las contratas fue reconocida jurisprudencialmente, a partir de aquella sentencia, por diversas resoluciones a lo largo del tiempo. Así, entre otras, SSTS 8 de junio de 1999 (Rec. 3009/1998), la STS de 20 de noviembre de 2000 (Rec. 3134/1999), la STS de 4 de mayo de 2006 (Rec. 1155/2005) o la STS de 23 de septiembre de 2008 (Rec. 2126/2007).

³⁷ Valdés y Lahera, 2004, 78-79; Cruz Villalón, 2010, 127, Valdés Dal-Ré, 2010 (consultada versión electrónica).

³⁸ Por cuanto el legislador la limitó a los contratos celebrados con posterioridad al inicio de su vigencia.

³⁹ Esta misma expresión emplea Montoya Medina, 2021, 613.

⁴⁰ Señaladamente cuando consideró que en supuestos en los que se producían sucesivas ampliaciones o renegociaciones de la contrata o concesión “*la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja*” desapareciendo la causalidad propia del contrato de obra o servicio (entre otras, las SSTS (Pleno) de 19 de julio de 2018 (Rec. 824/2017 y 1037/2017), la STS de 28 de noviembre de 2019 (Rec. 3337/2017). Más ampliamente en Suárez Corujo, 2018 y López Sánchez, 2017.

⁴¹ Una posición ya mantenida por Suárez Corujo, 2018, 101, cuando afirmó, tomando como punto de partida la STS de 4 de octubre de 2017, que apuntó la línea consolidada en 2020, que “*si la actividad normal de la empresa que contrata consiste en prestar servicios para otras empresas no podría justificarse la celebración de este tipo de contratos si no se trata de una actividad –se insiste– con sustantividad propia y una dimensión temporal*”.

servicio en la ejecución de una contrata cuando esta sea la actividad habitual u ordinaria de la empresa, se proyectará sobre las empresas cuya actividad “no es otra que la de prestar servicios para terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso” o “cuando toda la actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros”. Parece claro que ello tiene una proyección evidente en la denominadas empresas multiservicios pero también en otras, como pudiera ser la del caso resuelto, mantenimiento o, la de muy otros importantes sectores, como pueden ser limpieza, seguridad o logística cuando, con dicho contrato, como dice la sentencia, se trate de desarrollar “la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”, “su actividad esencial”, habitual, no excepcional. Mayores dudas e interrogantes ofrece su potencial aplicación en el ámbito de las empresas de trabajo temporal o respecto a la regulación desarrollada por algunos convenios colectivos en la tarea de delimitación del uso del contrato de obra o servicio y, muy especialmente, en relación al contrato fijo de obra regulado en el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción⁴².

3.2. La limitación de la contratación temporal en el ámbito del empleo público. El diálogo entre la jurisprudencia nacional y europea y su proyección sobre la reforma del empleo público

Aunque la mayor parte de la normativa dictada con el objetivo de garantizar la causalidad de la contratación temporal resulta formalmente aplicable en el ámbito de la contratación laboral desarrollada por la Administración Pública, el marco jurídico del empleo público español contiene alguna excepción relevante (la ausencia de limitaciones temporales en la contratación laboral interina y de funcionarios interinos o la ausencia de un régimen jurídico sancionador económico) y algunas normas que modulan la aplicación efectiva de los mecanismos comunes de limitación de la temporalidad (principalmente, la presunción del carácter indefinido del contrato celebrado en fraude de ley como consecuencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública y la “solución” jurisprudencial del indefinido no fijo⁴³). En la interpretación de toda esta normativa juega un papel absolutamente relevante, a pesar de ciertos problemas comunicativos, el “diálogo” entablado entre la jurisdicción nacional, a través de múltiples cuestiones prejudiciales, y un TJUE que, como señalábamos anteriormente, ha aplicado la Directiva 1999/70/CE a todo el empleo público, con independencia del carácter laboral o funcional de la relación jurídica⁴⁴.

⁴² La muy reciente Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España na modalidad contractual que a juicio del TJUE “entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos”. Puede verse un comentario inicial en Beltrán de Heredia, 2021 y Rojo Torrecilla, 2021.

⁴³ Parcialmente corregida con el reconocimiento a partir de la STS 257/2017, de 28 de marzo (Rec. 1664/2015) de una indemnización de veinte días por año de servicio para los supuestos de terminación del contrato por cobertura definitiva de la plaza ocupada, con límite de doce mensualidades, que establece el TRLET para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Una sentencia influenciada asimismo por el ATJUE de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/149.

⁴⁴ Como “causa perdida” se calificó la situación del empleo público temporal desde la perspectiva del impacto de la jurisprudencia europea (Miranda Boto, 2018). Muy revelador el título y contenido del artículo “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas” (Molina Navarrete, 2016).

Por lo que se refiere a las excepciones, especial atención merece, a nuestro juicio, la ausencia de limitaciones normativas expresas en la duración de los supuestos de interinidad y ello tanto respecto al personal laboral como a los funcionarios. Así, aunque sólo cabe acudir al funcionario interino para atender razones “*expresamente justificadas de necesidad y urgencia*” (art. 10 EBEP), no existe ningún límite máximo de duración, como tampoco ocurre, como consecuencia de la interpretación mantenida hasta fecha muy reciente por el Tribunal Supremo, con los contratos laborales de interinidad cuando se formalizan para cubrir temporalmente una plaza mientras dura el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (art. 4 Real Decreto 2720/1998). Efectivamente, hasta la reciente STS (Pleno) 649 /2021 de 28 de junio de 2021, el Tribunal Supremo había mantenido que de la existencia de una limitación temporal de 3 años en la normativa relativa a la convocatoria pública de plazas establece para la ejecución de las ofertas de empleo públicas (art. 70.1 EBEP) no podía inferirse, como efecto derivado, que los contratos de interinidad por cobertura de vacante en la Administración Pública no pudiesen durar más allá de esos tres años⁴⁵. Una interpretación que facilitaba que existiesen contratos laborales de interinidad con vigencias que se prolongaban casi indefinidamente en el tiempo⁴⁶. La STS (Pleno) 649/2021 de 28 de junio de 2021, forzada por la STJUE de 3 de junio de 2021, IMIDRA, C-726/19, dictada a resultas de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, supone un vuelco en esa interpretación y tras reconocer que “*desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo*” y, de esa forma, en aras a la necesidad de realizar una interpretación conforme a la Directiva 1999/70/CE y garantizar su efecto útil “*estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga*”⁴⁷. Una duración injustificadamente larga que constituye conforme la jurisprudencia europea (entre otras, la STJUE de 5 de junio de 2018, Montero Mateos, C-677/16) un elemento que los Tribunales nacionales deben valorar en orden a determinar la conversión en fijo del contrato temporal.

⁴⁵ Son ejemplos de fechas recientes la STS de 9 de febrero de 2021 (Rec. 4758/2018), la STS de 24 de abril de 2019 (Rec. 1001/2017), la STS 436/2019 de 11 de junio (Rec. 2180/2018) o la STS de 4 de julio de 2019 (Rec. 2357/2018).

⁴⁶ Existía alguna excepción pero ante casos extremos, como el resuelto por la STS (Pleno) 322/2019 de 24 de abril (Rec 1001/2017) en la que el Tribunal considero que “*dadas las circunstancias del presente caso, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente –como se ha señalado– estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devenga fraudulenta, y que justifica la aplicabilidad de la doctrina expuesta de esta Sala IV/TS, y del TJUE por imperativo del art. 4 bis de la LOPJ (“ Los jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ”)*” (el subrayado es nuestro).

⁴⁷ Ha de notarse que la sentencia advierte que “*la indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor*”.

Sin duda este importante pronunciamiento judicial, con aquellos otros que el TJUE ha mantenido con relación al empleo público español (Navarro Nieto, 2018 y Rodríguez-Piñero Royo, 2017), ha influido en el proceso de diálogo social que se está desarrollando en aras a la modificación del EBEP y la normativa aplicable al personal laboral en aras a equiparar la situación del funcionario interino con el personal laboral interino a los efectos de duración máxima y compensación por el incumplimiento un plazo máximo de permanencia, que debería situarse, por analogía en los tres años, y regular la forma en que se habrá de producir la incorporación del personal interino a plazas estables.

3.3. La anunciada y necesaria reforma legislativa

El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020⁴⁸ ofrecía algunas de las pautas que habrían de orientar la actuación en materia de contratación temporal en el nuevo periodo político. Unas pautas que se reforzarían y completarían tras la constitución de un nuevo Gobierno de coalición tras las elecciones celebradas el 10 de noviembre de 2019. En dicho Plan, expresamente se reconocía que las numerosas medidas que contenía, correspondientes al ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no eran suficientes para acabar con la precarización laboral. Así, tras reconocer que “*el problema es, en no pocas ocasiones, la propia ley, la normativa laboral vigente*” advierte de que es necesaria la adopción de reformas normativas “*que ataquen la raíz de estos problemas*”, unas reformas que deben adoptarse por las Cortes Generales y enmarcarse, a la vez, en el diálogo social entre el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos.

La terrible situación generada por la COVID-19 ha supuesto que el diálogo social y la actuación gubernativa y de la mayoría parlamentaria haya situado su centro de atención en la atemperación de los efectos de la crisis de la pandemia⁴⁹. No obstante, existen algunos documentos que evidencian cuáles pueden ser las futuras líneas de actuación. El *Plan de recuperación, transformación y resiliencia* presentado por el Gobierno de España ante la Comisión Europea⁵⁰ es seguramente el más significativo. El componente 23, “*Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”, dentro de la octava política palanca (*Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo*), de las diez, que integran el Plan, sitúa, junto a otros factores, la excesiva temporalidad y rotación de contratos, como una de las debilidades estructurales del mercado de trabajo, como una de las causas de la baja inversión en capital humano y productividad y de una elevada desigualdad económica y social, proponiendo, entre otras medidas, la “*simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación*

⁴⁸ Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE 28-07-2018). Aprobado escasos dos meses después de la constitución del nuevo Gobierno socialista.

⁴⁹ Las medidas contenidas en la normativa de emergencia han sido abundantísimas. Se trata, en la mayor parte de casos, de disposiciones dictadas con el objeto de potenciar los mecanismos de flexibilidad interna, básicamente ERTE o trabajo a distancia, como mecanismos de gestión de la crisis –en contraposición a los mecanismos de salida que se han tratado de contener con medidas como la cláusula de salvaguarda, la limitación de los despidos por causas COVID-19 o la expresa referencia a la posibilidad de incorporar los contratos temporales a los ERTE–.

⁵⁰ https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

temporal” (C23.R4)⁵¹. También aquí, habrá que esperar a ver cómo se concretan estas medidas en el proceso de diálogo social que se está desarrollando en torno a la mesa sobre la modernización del mercado laboral.

Por el momento, además de las medidas contenidas en la normativa de emergencia y de la regulación del trabajo a distancia, la medida más destacada, con una eventual proyección en el control de la temporalidad, ha sido la que puede derivarse de la modificación del art. 53.1 a) LISOS, a través del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, para posibilitar, mediante el uso de las nuevas tecnologías, un procedimiento especial iniciado mediante la extensión de actas de infracción automatizadas, es decir, “*sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión y sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados*”. Un primer paso de lo que podría ser la aplicación de los algoritmos al control y sanción de las infracciones laborales que, por ello, deberá cumplir con los específicos requerimientos que el Reglamento General de Protección de datos de la UE establece en su art. 22 respecto a las decisiones individuales basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos. A las demás medidas, como decíamos, deberemos esperar a ver lo que resulta del diálogo social iniciado y, en su caso, de la eventual decisión que adopte el Gobierno y la mayoría parlamentaria.

4. Conclusiones

Hemos calificado la situación de la contratación temporal en España como endémica por cuanto constituye una “*anormalidad dañosa*” que lleva afectando, desde hace muchos años, a nuestro mercado de trabajo. Aunque una situación como esta es multicausal, a nuestro juicio, la inacción y tolerancia del legislador y de las autoridades políticas han contribuido decididamente a generar una situación que se ha consolidado como consecuencia de una jurisprudencia, hasta fechas recientes, muy permisiva. 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 implicaban un fracaso de las intervenciones normativas, a nuestro juicio, sin embargo, las mismas más que el resultado de una acción normativa lo son de la abstención normativa. Un *laissez faire* normativo que, como hemos dicho, 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, a la luz de las exigencias comunitarias, la necesidad de hacerlo. Es tiempo para que se adopten medidas “*lo bastante efectivas y disuasorias*”, por utilizar terminología del TJUE, 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 actúe 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 (Cardona y Cabeza, 2021).

⁵¹ Pág. 166

Llegados a este punto, y a modo de mero apunte, destacar cómo son múltiples los ámbitos en que cabría actuar: mejorar la delimitación causal de la contratación temporal (garantizando que sólo se emplee para la cobertura de tareas temporales, no habituales u ordinarias de la empresa), replantearse una duración máxima del contrato de obra o servicio que, en sus términos actuales (3 años + 1 convencionalmente), parece excesiva; reforzar la cláusula de evitación de la concatenación de contratos temporales para evitar el efecto de rotación/expulsión/sustitución; actuar sobre el régimen indemnizatorio derivado de la terminación del contrato temporal para extenderlo a los contratos excluidos (señaladamente al contrato de interinidad) e incrementar su coste, cuyo diferencial con el del despido se ha reducido perdiendo por ello su capacidad desincentivadora (Gómez Abelleira, F. J., 2016); mejorar los mecanismos de reacción pública (adecuando la gravedad y cuantía de las sanciones a imponer en los supuestos de utilización fraudulenta especialmente en las hipótesis de afectación a una pluralidad de trabajadores) o reformular el procedimiento de impugnación por despido y sus efectos en relación a los contratos temporales en fraude de ley (ampliación de los plazos caducidad y calificación de nulidad para las hipótesis de utilización fraudulenta)... Corresponde ahora, sin demoras y sin excusas, a los poderes públicos y a los agentes sociales garantizar que lo atípico sea realmente atípico.

5. Bibliografía

- Baylos Grau, A. (2009), “Creación de empleo, mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en torno a la experiencia española”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 23/24, 2009, págs. 789-802.
- Beltrán de Heredia, I. (2021), El contrato «fijo de obra» y cultura de la temporalidad y efectos de la subrogación en contratos temporales (STJUE 24/6/21, C-550/19). Entrada en el blog del autor consultada el 5 de julio de 2021 <https://ignasibeltran.com/2021/06/28/el-contrato-fijo-de-obra-y-cultura-de-la-temporalidad-y-efectos-de-la-subrogacion-en-contratos-temporales-stjue-24-6-21-c-550-19/>
- Cardona Rubert, B. y Cabeza Pereiro, J. (2021). “El gran pacto social que debería esperar”, *Labos*, Vol. 2: pp. 124-136
- Casas Baamonde, María E. (2017). “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?”. *Derecho de las relaciones laborales*, 9, 2017, 867-882.
- Consejo Económico y Social (CES). *Economía, trabajo y sociedad. España 2002. Memoria sobre la situación económica y laboral*, Madrid, 2003
- Consejo Económico y Social (CES). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2010*, Consejo Económico y Social, 2010
- Cruz Villalón, J. (2010). “Contratación temporal y descentralización productiva”, *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 115-128.
- Cruz Villalón, J. (2018). “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”. *Documentación Laboral*, 113, 2018: 73 a 93.
- Goerlich Peset, J. M. (2017). “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal? *Documentación Laboral*, 110, 2017: 9-25.
- Gómez Abelleira, F. J. (2016). “La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea De Diego”. *Trabajo y Derecho*, 23, 2016 (consultada versión electrónica).

- Lahera Forteza, J. (2007). “Factores jurídicos y funciones del empleo precario en España”. *Relaciones Laborales*, 9, 2007 (consultada versión electrónica).
- López Sánchez, María C. (2017). “El contrato de obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”. *Trabajo y derecho*. 25 (consultada versión electrónica).
- Mercader Uguina, J. R. y De la Puebla Pinilla, A. (2010). “Medidas para la creación de empleo estable: el impulso de la contratación indefinida y el fortalecimiento de la contratación temporal de calidad como objetivos”, *Diario La Ley*, 7488, 2010 (consultada versión electrónica).
- Miranda Boto, J.M. (2018). “El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos”. *Revista Aranzadi Unión Europea*. 5, 2018 (consultada versión electrónica).
- Molina Navarrete, C. (2016). “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 404, 2016, 177-198.
- Montoya Medina, D. “La contratación por tiempo determinado y la prevención de su abuso en el Reino Unido”. *Relaciones Laborales*, 10, 2012 (consultada versión electrónica)
- Montoya Medina, David “La novedosa proscripción jurisprudencial de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la subcontratación de actividades productivas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 2021, 600-621.
- Morón Prieto, R. (2000). “La regulación comunitaria de la contratación temporal”. *Temas Laborales*. 55-2000.
- Navarro Nieto, Federico (2018). “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada”, *Diario La Ley*, 9441, 2018 (consultada versión electrónica).
- Pérez del Prado, D. (2021). “El caldo de cultivo para un pacto social. Algunos datos para reformar el mercado de trabajo en España”, *Labor Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2, 2021: 137-151.
- Pérez Rey, J. (2016). “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”. *Revista de derecho social*, 74, 2016: 229-241
- Pitxer J., Sánchez A, Lorente R. (2016). “Dinámica del modelo productivo y extensión de la temporalidad en el mercado laboral español”. En: Rocha, F. y Beneyto, P. (Dir.) *Crisis y desigualdad. II Congreso de Trabajo Economía y Sociedad*. Madrid: Fundación 1º de Mayo, pp. 294-316.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1985). “Las «modalidades» de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores», *Relaciones Laborales*, 1, 1985: 44-65
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2017). “La contratación temporal en el sector público”. *Documentación Laboral*, 110, 2017: 27-55.
- Rojo Torrecilla, E. (2021). “UE. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19). Entrada en el blog del autor consultada el 5 de julio de 2021 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html>
- Suárez Corujo, B. (2018). “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, *Documentación Laboral*, 115: 93-102.
- Valdés Dal-Ré, F. y Lahera Forteza, J. (2004). *La precariedad laboral en España*, Comares.
- Valdés Dal-Ré, F. (2010). “25 años de precariedad en la contratación laboral”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2010: 615-660

6. Normativa y documentación referenciada (ordenada cronológicamente en orden a facilitar su localización)

Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas.

Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997.

Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas

Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

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

Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo

RDL 10/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Conclusiones de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo. Documento GB.323/POL/3, Consejo de Administración, 323.a reunión, Ginebra, marzo de 2015, (disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_354089.pdf).

Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE 26-09-2017)

Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 (BOE 28-07-2018)

Plan de recuperación, transformación y resiliencia presentado por el Gobierno de España ante la Comisión Europea (disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf)

Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.