

# LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

(Comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada)

RICARDO MORÓN PRIETO<sup>1</sup>

## ÍNDICE

### 1. Introducción

### 2. El trabajo temporal en la Unión Europea: caracterización general

3. Antecedentes en la regulación jurídica del trabajo temporal en el ámbito comunitario; 3.1 La tradicional debilidad competencial de la Comunidad Europea en materia social y los intentos fallidos de regulación del trabajo temporal; 3.2 La ampliación del marco competencial comunitario y la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de la normativa comunitaria en un nuevo contexto económico

4. El Acuerdo Marco y la Directiva de Contratación de Duración Determinada; 4.1. Planteamiento general: objeto, ámbito y significación de la nueva regulación; 4.2. Contenido de la directiva; 4.2.1. Principio de no discriminación; 4.2.2. Medidas contra la utilización abusiva; 4.2.3. Otros aspectos complementarios: instrumentos para mejorar la calidad del empleo y otras obligaciones de información y consulta

5. Proyección de la normativa comunitaria al particular caso español; 5.1. Etiología y patología del fenómeno de la contratación temporal en España; 5.2. Incidencia de la regulación comunitaria en la normativa Española

## 1. INTRODUCCIÓN

La dimensión adquirida por el fenómeno de la contratación temporal en las últimas décadas en el ámbito de la Unión Europea venía reclamando desde hace tiempo una intervención comunitaria para la armonización de las legislaciones

---

<sup>1</sup> Prof. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

nacionales mediante la fijación de un marco común y unos derechos mínimos para los trabajadores temporales. El incremento del volumen de temporalidad y la progresiva exteriorización de algunos de los efectos derivados de la falta de protección de unas legislaciones construidas sobre la figura del empleo estable, estuvieron en el origen de diversas iniciativas comunitarias nunca culminadas. Sin embargo, el último de los intentos realizados ha tenido finalmente como consecuencia la celebración del *Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada* entre los interlocutores sociales comunitarios y la adopción, para su aplicación, de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999*, a cuyo comentario se dedica el presente trabajo.

La definitiva materialización de esta regulación sobre la contratación temporal ha precisado, no obstante, de un periodo dilatado de tiempo en el cual las propias instituciones comunitarias han sido objeto de una importante evolución que ha permitido precisamente abordar esta y otras materias. En ese sentido, la aprobación de la Directiva 1999/70/CE ha sido posible gracias a la conjunción de algunos instrumentos —la ampliación competencial de la Unión Europea en materia social y la intervención de los interlocutores sociales en la actividad normativa— de reciente incorporación al acervo comunitario. Pero también ha sido precisa la progresiva modificación de algunos planteamientos sobre la política social en el seno de la Unión Europea. A este respecto, frente a fracasadas iniciativas comunitarias caracterizadas por ser propuestas maximalistas y contenidos netamente protectores, la regulación objeto de comentario consolida una vía iniciada por otras Directivas —la relativa al permiso parental y, particularmente, la referida al trabajo a tiempo parcial— presidida por la búsqueda del equilibrio entre las necesidades de flexibilidad de la regulación laboral y las exigencias de seguridad de los trabajadores. En ese contexto, como se analizará con detenimiento más adelante, la nueva regulación sobre el trabajo de duración determinada tiene por objeto el establecimiento de un marco común a todos los Estados miembros que permita la utilización adecuada de estas modalidades de contratación garantizando unos derechos mínimos a los trabajadores —particularmente la no discriminación en las condiciones de trabajo— y tratando de prevenir algunos de los aspectos más perjudiciales para los trabajadores —el abuso en la utilización sucesiva de contratos temporales— y que están en la base de la precarización de sus condiciones de empleo.

Junto al análisis del contenido del Acuerdo y la Directiva que lo aplica, es preciso abordar en este trabajo dos aspectos complementarios. Por un lado, y con carácter previo es conveniente hacer referencia aunque sea general a la caracterización de la contratación temporal en la Unión Europea, cuyo diagnóstico puede ser útil no solo para contextualizar el análisis de la nueva regulación, sino también para valorar la propia virtualidad y el posible alcance de sus efectos sobre la realidad. Por otro lado, es imprescindible realizar un análisis de la proyección de esta regulación sobre el concreto caso español, en la medida en que la temporalidad constituye precisamente uno de los aspectos más patológicos de nuestro modelo de relaciones laborales.

## 2. EL TRABAJO TEMPORAL EN LA UNIÓN EUROPEA: CARACTERIZACIÓN GENERAL Y EFECTOS

Aunque, como se ha señalado las formas de trabajo temporal nunca han estado ausentes de los sistemas de empleo asalariado la evolución del sistema productivo capitalista y en general del marco institucional regulador del mercado de trabajo dio lugar en los años 1945-1973 a la generalización en Europa del empleo estable<sup>2</sup>. En efecto, como consecuencia del desarrollo de mercados estables y de inversiones tecnológicas y diseños de estructuras productivas estables<sup>3</sup>, así como la incorporación de las pretensiones sindicales a los sistemas normativos, se configuró y generalizó lo que ha venido denominando como *relación laboral estándar*, entendiendo por tal el trabajo dependiente, prestado por cuenta ajena para un solo empleador, normalmente en régimen de jornada completa y por un tiempo generalmente indefinido<sup>4</sup>. En contraste, la utilización de la contratación temporal, que no desapareció durante este periodo, quedó circunscrita a la cobertura de circunstancias excepcionales así como a ciertos sectores y particularmente a ciertas actividades productivas caracterizadas estructuralmente por su estacionalidad o temporalidad.

Sin embargo, los cambios económicos producidos a partir de la crisis de 1973 tuvieron un impacto directo en la propia regulación del mercado de trabajo que se tradujo, entre otros aspectos, en la proliferación de las denominadas formas de empleo atípico —definidas en contraposición al empleo típico o estándar—, entre las cuales destaca, junto al empleo a tiempo parcial, la contratación temporal. La contratación temporal, en este nuevo contexto económico, dejó de ser un mecanismo limitado a dar respuesta a necesidades productivas puntuales de las empresas y pasando a ser un instrumento general de estas en la búsqueda de estrategias flexibles de adaptación a las variables circunstancias económicas. La utilización del empleo temporal, cada vez más extendida a circunstancias no excepcionales, se configura como una verdadera alternativa al empleo estable y a su reglamentación jurídica, que posibilita a las empresas una permanente adaptación a las fluctuaciones del mercado sobre la base de una mayor flexibilidad y un notable ahorro de costes salariales, particularmente los de carácter indemnizatorio vinculados a la extinción del contrato.

Por otro lado, simultáneamente, desde el punto de vista institucional la contratación temporal adquiere un destacado papel en la regulación del mercado de trabajo y de la seguridad social como instrumento de la política estatal de empleo frente al fenómeno de desempleo masivo. En este sentido, los

<sup>2</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: Tipología sobre las formas atípicas de empleo en Europa. Relaciones Laborales, 1989, Tomo II, pág. 1286.

<sup>3</sup> RECIO ANDREU, A.: Capitalismo y formas de contratación laboral. MTSS, 1988, pág. 188.

<sup>4</sup> CORDOVA, E.: Las relaciones de trabajo atípicas, Relaciones Laborales, 1986, Tomo I, pág. 239.

ordenamientos jurídicos de la práctica totalidad de los Estados de la Unión Europea —y en alguna medida la propia negociación colectiva—, se hacen eco a lo largo de la década de los ochenta de las tendencias económicas y empresariales y abordan de manera generalizada, aun con distintas características e intensidad, la incorporación a sus legislaciones de una multiplicidad de modalidades contractuales temporales o la progresiva flexibilización o eliminación de barreras para su utilización<sup>5</sup>. En muchas ocasiones además dichas contrataciones son objeto de importantes estímulos y, en todo caso, son utilizadas con profusión por los propios poderes públicos cuando actúan en calidad de empleadores.

La generalización de estas manifestaciones empresariales e institucionales permiten suscribir la afirmación realizada por la doctrina de que “en la Europa occidental contemporánea se ha asignado al empleo atípico un nuevo papel en el mercado de trabajo”<sup>6</sup>. En efecto, las mutaciones producidas en el régimen jurídico y el modo de utilización de la contratación temporal hacen que esta deje de considerarse como un fenómeno puntual y específico, circunscrito a un limitado ámbito, para convertirse en un instrumento habitual y tendencialmente generalizado tanto de las estrategias empresariales como de las regulaciones nacionales, en la gestión y ordenación del mercado de trabajo. Ello tiene, desde luego, su proyección directa sobre la evolución y la estructura del empleo en el conjunto de los países de la Unión Europea, siendo su principal resultado en las tres últimas décadas el crecimiento constante del empleo temporal en detrimento del empleo permanente.

<sup>5</sup> Como se ha destacado, en la CEE coexiste un amplia abanico de normas jurídicas que regulan las modalidades de contratación temporal: algunos países no ponen ningún tipo de restricción, otros tienen una legislación específica, mientras que otros controlan estos contratos atípicos a través de la normativa general de contratación. *manifiesto*, PÉREZ ALERCANT, A.: El derecho comunitario de la seguridad y la salud en el trabajo, Técnos, 1993, Madrid, pág. 104.

Para un análisis de las políticas de liberalización de las formas de contratación en algunos países de Europa vid. de modo monográfico. AA.VV. (Coords. Gerry y Janine Rodgers): El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del Empleo atípico en Europa Occidental. MTSS 1992. Madrid y Relaciones Laborales, núms. 7 y 8, 1989 (número monográfico).

<sup>6</sup> MARSHALL, A.: Secuelas del paro: el nuevo papel del trabajo temporal y del trabajo a tiempo parcial en Europa occidental, en AA.VV. (Coords. Gerry y Janine Rodgers): El trabajo precario en la regulación del mercado laboral..., *op. cit.*, pág. 45.

CUADRO I: EVOLUCIÓN TASA DE TEMPORALIDAD EUROPA-15/ESPAÑA (1985-1998)

	1985	1990	1994	1998
UNIÓN EUROPEA(15)	8,4	10,3	11,0	12,8
Hombres	7,6	9,3	10,1	12,0
Mujeres	9,7	11,8	12,1	13,7
ESPAÑA	15,6	29,8	33,7	32,9
Hombres	14,4	27,6	31,4	32,1
Mujeres	18,4	34,2	37,9	34,4

Fuente: Eurostat. Encuesta sobre las fuerzas de trabajo. 1998.

No obstante, esta constatación no permite afirmar que el empleo temporal sea un fenómeno que se presente de manera uniforme y bajo la misma caracterización en el conjunto de países de la Unión Europea, ni siquiera que obedezca en todos los casos a las mismas motivaciones o circunstancias, lo que impide realizar una valoración uniforme o general. Así, en primer lugar, desde el punto de vista meramente cuantitativo cabe destacar la existencia de notables diferencias en cuanto al peso específico de la contratación temporal en cada país, que oscila entre las tasas más bajas del 2,9 por 100 de Luxemburgo y en torno al 8 por 100 de Austria, Bélgica y Reino Unido, las intermedias del 13,9 y 13 por 100 de Francia y Grecia, y las más altas del 32,9 por 100 de España. Por otro lado, más allá de los meros datos estadísticos, la propia configuración del conjunto del empleo temporal constituye, como se ha afirmado, un *fenómeno desigual*, no solo por países sino también por sectores, empresas y colectivos<sup>7</sup>. Particularmente importante, a este respecto, es el papel jugado por las propias estrategias reguladoras nacionales, cuyos efectos cuantitativos y cualitativos varían notablemente según la intensidad de utilización y el régimen jurídico con que configuren determinados instrumentos relativos al empleo temporal. Así, los efectos serán diversos según se tienda a la ampliación y la flexibilización de los contratos de duración determinada para atender a nuevas necesidades temporales, o al establecimiento de más o menos modalidades contractuales de fomento del empleo o de la inserción de jóvenes, la permisividad de las empresas de trabajo temporal, etcétera. De estas estrategias —no solo regula-

<sup>7</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: Tipología sobre las formas atípicas de empleo..., *op. cit.*, pág. 1292.

dores, sino también empresariales- depende en gran parte no solo el volumen y la composición de la contratación temporal sino también los propios "modos de uso"<sup>8</sup>, esto es, la utilización estacional durante periodos más o menos breves o como instrumento permanente y sustitutivo del empleo estable, la utilización como mecanismo de inserción o aproximación al mercado de trabajo, o de selección de trabajadores, elementos todos de los que depende en general la mayor o menor precarización de las condiciones de empleo de los trabajadores temporales.

Sin embargo, a pesar de la diversidad puesta de manifiesto, de las limitaciones que las fuentes estadísticas y de las dificultades que pueda presentar la comparación entre los distintos países, los datos existentes permiten destacar algunos aspectos que caracterizan, en términos generales el fenómeno de la contratación temporal en Europa. El primero y más destacado de ellos es su carácter expansivo. En efecto, tal y como indican las estadísticas, independientemente del peso relativo en cada país el porcentaje de empleo temporal ha experimentado en las últimas dos décadas un notable crecimiento en la práctica totalidad de los países europeos (a excepción de Dinamarca, Grecia, Luxemburgo)<sup>9</sup>, siendo el incremento del conjunto de la Unión Europea del 50 por 100 en el periodo 1985-1998. Este dato, aunque no sea destacable desde el punto de vista cuantitativo, en la medida de que a pesar de los importantes incrementos los porcentajes de empleo temporal de muchos países su volumen total continua siendo reducido, si que tiene relevancia desde el punto de vista cualitativo, manifestando la tendencia de que la utilización de la contratación temporal, lejos de constituir una circunstancia coyuntural, no solo se ha incorporado plenamente a los sistemas de contratación de los países europeos sino que ha ido y continúa ganando progresivamente mayores ámbitos de actuación.

El segundo aspecto destacable es el referido a la distribución subjetiva de la contratación temporal, respecto del cual se observa un comportamiento muy desigual según la desagregación se realice por sexo o por edades. Así, por lo que se refiere al primer aspecto, puede decirse que en términos generales (por países y en el conjunto de la Unión Europea) la contratación temporal afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres. No obstante tal y como pone de manifiesto el Cuadro II expuesto a continuación, aunque la tasa de feminidad de la contratación temporal resulta reseñable en algunos países (la diferencia respecto de los hombres asciende a más de cuatro puntos porcentuales en Irlanda, Holanda, Bélgica, Finlandia y Suecia), no llega en general a las dimensiones que se alcanzan en relación con el trabajo a tiempo parcial<sup>10</sup>. Aunque a

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> La consulta de los datos desagregados por países y sexo puede obtenerse en el informe *L'emploi en Europe*, Commission européenne. 1999.

<sup>10</sup> Siendo la tasa de contratos a tiempo parcial de ambos sexos del 17,4 por 100, entre los hombres solo alcanza al 5,9 por 100 mientras que entre las mujeres asciende al 31,8 por 100 (Unión Europea, 1998). Para contrastar estos datos y su desagregación por países remitimos, de nuevo, al informe *L'emploi en Europe...*, *op. cit.*

este respecto conviene recordar que el empleo femenino concentra, en muchas ocasiones la acumulación de ambas tipologías, esto es, la contratación temporal y a tiempo parcial, lo cual merece una valoración particular sino desde el punto de vista cuantitativo sí desde el cualitativo<sup>11</sup>.

Más llamativa resulta, sin embargo, la comparación por edades, parámetro en el que las cifras arrojan unos resultados lapidarios. En efecto, en este caso la tasa de temporalidad se incrementa de una manera espectacular en todos y cada uno de los países de la Unión Europea cuando se refiere exclusivamente a los jóvenes. Incluso en países que en términos generales mantienen una discreta tasa de temporalidad total como Luxemburgo (2,9 %), Reino Unido (7,1 %) o incluso Alemania (12,3) la temporalidad juvenil se eleva de manera vertiginosa (13,4 %, 12,5% y 52,2 %, respectivamente). Como consecuencia, **la tasa de temporalidad juvenil en el conjunto de la Unión Europea triplica la tasa total de contratación temporal** (del 12,8 al 37,6), cifras de las que se deduce inequívocamente que el criterio que más cualifica la contratación temporal es, sin duda, la edad. De estos datos se ha inferido que el empleo temporal referido al colectivo juvenil constituye un instrumento primordial para regular la aproximación y entrada en el mercado laboral. La contratación temporal operaría en estos supuestos como un mecanismo de cualificación y de selección de las personas que terminan sus estudios y se incorporan al mercado laboral. No cabe duda, por otra parte, que esta utilización encuentra también explicación en su incentivación mediante el establecimiento generalizado en los países de la Unión Europea de específicos y atractivos instrumentos contractuales dirigidos a permitir el tránsito de los jóvenes formados o en formación al mercado de trabajo.

<sup>11</sup> Así, el año 1992, en el conjunto de la Comunidad Europea, el número de mujeres contratadas temporalmente y a tiempo parcial ascendía al 13,8 %. *Vid.* Informe sobre El trabajo a tiempo parcial. Consejo Económico y Social. 1996, Madrid, págs. 112 y 113.

CUADRO II: TASA DE TEMPORALIDAD DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA 1998 (POR SEXO Y EDAD)

PAÍS	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	JÓVENES
ALEMANIA	12,3	12,1	12,5	52,2
AUSTRIA	7,8	8,0	7,7	29,1
BÉLGICA	7,8	5,9	10,4	27,7
DINAMARCA	10,1	9,3	11,0	27,2
ESPAÑA	32,9	31,1	34,4	73,1
FINLANDIA	17,7	13,3	21,9	46,0
FRANCIA	13,9	13,0	15,0	53,8
GRECIA	13,0	12,0	14,7	35,8
HOLANDA	12,7	10,2	16,1	34,2
IRLANDA	9,4	7,1	12,1	17,3
ITALIA	8,6	7,5	10,3	22,4
LUXEMBURGO	2,9	2,4	3,7	13,4
PORTUGAL	17,3	16,2	18,6	35,7
REINO UNIDO	7,1	6,0	8,3	12,5
SUECIA	12,9	10,6	15,2	42,6
EUROPA-11	14,2	13,5	15,2	45,7
EUROPA-15	12,8	12,0	13,7	37,6

Fuente: Eurostat. Encuesta sobre las fuerzas de trabajo. 1998.

En último lugar, y a pesar de la falta de datos concluyentes, podrían apuntarse algunos otros elementos que cualifican aunque no sea de modo determinante al conjunto de la contratación temporal en Europa. Así, por un lado, respecto de la distribución estructural, alguna encuesta apunta que los grupos ocupacionales más expuestos a la contratación temporal se caracterizan por un bajo nivel de cualificación<sup>12</sup>. Dicho en otros términos, aunque la temporalidad no se limita a los trabajadores manuales ni al trabajo no cualificado estas categorías se encuentran, desde luego, sobrerrepresentadas. Por otro lado, los sectores económicos en los que se concentra el empleo temporal son aquellos caracterizados por un elevado nivel de trabajo estacional: sector primario, hostelería y la construcción<sup>13</sup>. Datos que han de ser complementados con el incremento de la temporalidad experimentados en el sector terciario, sobre todo en relación con los servicios a las empresas y, particularmente, en el ámbito de

<sup>12</sup> Precariedad y condiciones de trabajo en la Unión Europea, Fundación Europa para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, 1996.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

las propias Administraciones Públicas. En todo caso, la magnitud de empleo temporal indicaría que junto a la cobertura de necesidades estacionales o temporales (sean tradicionales o nuevas), un parte relevante de este tipo de contratación es utilizada para la cobertura de tareas o empleos de carácter permanente. Finalmente, otro aspecto a destacar es el nivel de permanencia de los trabajadores en la situación de temporalidad. A este respecto, aunque parte de la contratación temporal esté muy asociada a la coyuntura económica o a mecanismos de incorporación y selección en el mercado de trabajo, un alto porcentaje del empleo temporal creado se mantiene en los mismos términos de manera sino permanente sí al menos duradera<sup>14</sup>.

Por otro lado, por lo que se refiere a los efectos de la contratación temporal, a diferencia de lo que sucede con su caracterización, los resultados de su análisis no son tan desiguales o por lo menos ofrecen unas características generales más homogéneas. Así, en primer lugar, no cabe duda de que la contratación temporal, entre las formas atípicas de contratación, es la que ofrece un mayor nivel de inestabilidad o precariedad al proyectar un importante grado de incertidumbre sobre la existencia y duración de la propia relación laboral. Esta inestabilidad contractual tiene, desde luego su primera traducción en inestabilidad económica, que se acentúa en los supuestos de empleos de corta duración o en los que el riesgo de pérdida es elevado<sup>15</sup>. En segundo lugar, la contratación temporal —no será preciso profundizar en la idea— tiene como efecto, tan relevante como la inestabilidad económica, la reducción de los niveles de protección no solo social sino también laboral. Como se ha indicado, esta contratación comporta una *dualización y segmentación no ya solo del mercado de trabajo sino también de los niveles de protección del trabajo subordinado*<sup>16</sup>. En este sentido, la distinción empleo fijo-precario constituye uno de los elementos fundamentales de diversificación y segmentación de condiciones de trabajo, junto al cual, sin duda, aparecen otros de gran relevancia como el sexo, la edad, la cualificación, etcétera. En todo caso, ese menor nivel de protección jurídica no se reduce exclusivamente a las dificultades en el acceso a prestaciones sociales, o a determinados derechos laborales vinculados a criterios de antigüedad<sup>17</sup>, sino que se manifiesta en la dificultad general de mantener unas condiciones de empleo iguales a las de los empleados estables. Incluso, llevado al extremo cada vez más frecuente y lamentable, la inestabilidad y la precariedad tienen su traducción en el incremento de la propia inseguridad física del

<sup>14</sup> *Ibidem*. El 49 por 100 de los asalariados de la UE con una antigüedad inferior a un año en su puesto de trabajo se halla en situación precaria, porcentaje al que habría que sumar los contratos precarios con una duración más prolongada.

<sup>15</sup> RODGERS, G.: El debate sobre el trabajo precario en Europa occidental, en AA.VV. (Coords. Gerry y Janine Rodgers): El trabajo precario en la regulación del mercado laboral..., *op. cit.*, pág. 18.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: Contratación temporal y nuevas formas de empleo, Relaciones Laborales, núms. 7-8 1989, pág. 3.

<sup>17</sup> DAVIES, P.L. y FREEDLAND, M.R.: Las nuevas formas de empleo en Gran Bretaña, Relaciones Laborales, núms. 7-8, 1989, pág. 20.

trabajador<sup>18</sup>. A este respecto, resulta cada vez más evidente la relación entre la contratación temporal y el aumento de la siniestralidad<sup>19</sup>, cuya constatación ya condujo a las instituciones comunitarias a abordar la regulación de las condiciones de seguridad y salud en el empleo de estos contratos<sup>20</sup>.

Además, la relevante extensión de la contratación temporal a actividades y tareas permanentes, aun con muy diversa intensidad y régimen según los países, tiene como resultado los que se han venido a denominar como **efecto sustitución** de empleo estable o fijo por contrataciones temporales y **efecto rotación**, esto es, la permanencia en la situación de temporalidad vinculado a la empresa a través de diferentes modalidades contractuales para la realización de las mismas o distintas tareas o su simultaneidad con periodos más o menos largos de desempleo. Algunas de las más destacadas consecuencias de estos fenómenos, manifestados con particular intensidad en nuestro país, se refieren, de un lado, a la perpetuación de un amplio porcentaje de trabajadores bajo fórmulas temporales y el incremento de las dificultades para incorporarse a puestos estables de la empresa. De otro lado, la proyección de los desajustes en el empleo sobre los sistemas de protección por desempleo que se ven obligados a soportar cada vez mayores cargas financieras destinadas a la cobertura de las prestaciones derivadas de la presencia variable de periodos de inactividad. Con todo, como se ha destacado<sup>21</sup>, la presencia de alguna de estas características relativas a la inestabilidad no se traduce directamente en la existencia de precariedad. Sin embargo, la concentración de algunos de los aspectos y consecuencias analizadas pueden incidir directamente en el mayor o menor grado de protección de los trabajadores temporales, circunstancia que en gran parte depende, como indicábamos anteriormente, de los rasgos con que se configure el régimen jurídico de la contratación temporal por los Estados miembros.

### 3. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO TEMPORAL EN EL ÁMBITO COMUNITARIO:

#### 3.1. La tradicional debilidad competencial de la Comunidad Europea en materia social y los intentos fallidos de regulación del trabajo temporal

La preocupación por el llamativo desarrollo de la contratación temporal en el ámbito de la Comunidad Económica, ya manifestada por el Parlamento

<sup>18</sup> SUPLOT, Á.: Informe Francés, en AA.VV. Crisis del Estado de bienestar y derecho social, Boch, 1997, pág. 23

<sup>19</sup> Vid. en tal sentido, los datos estadísticos aportados en Dolors Hernández, Matilde Días y Ana Montilla: Precariedad en el empleo y prevención de accidentes de trabajo, en AA.VV. Cien años de seguridad social. Fraternidad Muprespa, 2000, págs. 697 y ss.

<sup>20</sup> PÉREZ ALENCART, A.: El derecho comunitario europeo..., *op. cit.*, págs 103 y ss.

<sup>21</sup> RODGERS, G.: El debate sobre el trabajo precario en Europa occidental, en AA.VV. (Coords. Gerry y Janine Rodgers): El trabajo precario en la regulación del mercado laboral..., *op. cit.*, pág. 19.

Europeo en 1981<sup>22</sup>, y la exteriorización de algunas de sus consecuencias hacían desde hace tiempo recomendable abordar una regulación que ofreciese a los Estados miembros un marco común, siquiera desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, sobre las condiciones de empleo de los trabajadores temporales. A pesar de ello y de los múltiples intentos para su regulación, la contratación temporal, salvo en el particular aspecto de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, ha adolecido de una normativa común a todos los Estados miembros hasta la reciente aprobación de la Directiva 1999/70/CE.

Algunas de las principales causas de esta ausencia de regulación se derivan, desde luego de la tradicional debilidad competencial de la Comunidad Europea en materia social<sup>23</sup>. En efecto, desde su configuración a través de los Tratados Constitutivos la subordinación de la política social respecto de la política económica común ha sido una característica genética de la Comunidad Económica (hoy Unión Europea), fruto de la asentada -y muy condicionada ideológicamente- concepción de que la consecución de la mejora de las condiciones de trabajo sería resultado directo de la mejora de la situación económica de los Estados miembros, tarea a la que, por tanto, se consagra prioritariamente la Comunidad. Así, con carácter general, la consecución de los objetivos generales en materia social incluidos en los tratados entra dentro del ámbito de disposición de los Estados miembros por lo que, salvo en algunos aspectos muy concretos, la Comunidad Económica desde su nacimiento y durante gran parte de su desarrollo posterior se ha caracterizado por la práctica carencia de competencias normativas originarias en materia social. Esta debilidad congénita ha condicionado fuertemente el papel de las instituciones comunitarias, siendo su actividad fruto de un esforzado y tortuoso camino a través del cual, de manera lenta y aluvional<sup>24</sup>, se ha conformado lo que en la actualidad ya puede denominarse como Derecho Social Europeo. Así, la superación de dichas limitaciones han requerido de lo que la doctrina ha caracterizado como el *activismo* de las instituciones comunitarias<sup>25</sup>, especialmente de la Comisión, con una intensa labor de elaboración de propuestas en materia social, y del Tribunal de

<sup>22</sup> Resolución de 17 de septiembre de 1981, JO C 260, de 12-10-1981, pág. 54.

<sup>23</sup> *Debilidad competencial* que se trasluce ya en los propios tratados constitutivos comunitarios. Vid. MONTROYA MELGAR, A. y otros: Derecho Social Europeo, Técno, 1994, pág 28.

<sup>24</sup> Como expresivamente pusieron de manifiesto RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., "el crecimiento del corpus comunitario social ha sido escaso, parcial y fragmentario", Las incertidumbres de lo Social en el Mercado Único, Relaciones Laborales, 1993, Tomo I. pág 4.

<sup>25</sup> Vid. en ese sentido, Pérez de los Cobos, F.: "El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea" Civitas, 1994. pág 36 y 38. Areilza Carvajal, J.M.: "El principio de subsidiariedad...", *op. cit.*, pág 15. y Parejo Alonso, L.: La política y el derecho sociales de la Unión Europea, en AA.VV. *Política Social internacional y europea*, MTAS, 1996. pág 271.

Justicia de las Comunidades, dando un impulso judicial de la interpretación extensiva de los arts. 100 y el 235 TCEE y de las competencias comunitarias, con base en la elaborada doctrina de los poderes implícitos<sup>26</sup>.

La producción normativa con proyección social desarrollada, por tanto, ha contado con numerosos obstáculos, de los que dan cuenta la multitud de proyectos e iniciativas legislativas en materia social que no han culminado su tramitación. Entre estas dificultades se distinguen algunas estructurales (junto a la falta de reconocimiento de competencia), como son las limitaciones originarias a la labor de las instituciones comunitarias derivadas del principio rector de su actividad- de subsidiariedad<sup>27</sup>, a las que se han añadido las propias del procedimiento de adopción de normas de contenido social, particularmente la exigencia de unanimidad para su aprobación. Exigencias tras la que latan en mayor o menor medida las resistencias nacionales a someterse a la voluntad armonizadora comunitaria. En particular, la rigidez de este requisito procedimental ha supuesto un escollo definitivo para la efectiva utilización de estas competencias, y ha significado la progresiva conformación de un verdadero derecho de veto que, si bien ha sido activamente utilizado por algunos Estados miembros, ha constituido para todos en última instancia un mecanismo de defensa de la propia soberanía<sup>28</sup>. La flexibilización de este procedimiento, con ocasión de la suscripción del Acta Única Europea, que estableció un nuevo aunque limitado título competencial en relación con la protección de la salud de los trabajadores, instrumentando un procedimiento de adopción de normas más efectivo y asequible —la mayoría cualificada—, permitió no obstante, la apertura de un campo de más fácil acceso a la acción legislativa de la comunidad<sup>29</sup>, entre cuyos resultados se encuentra precisamente la *Directiva 91/383/CEE, del Consejo, por la que se completan las medidas tendentes a promover a la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal*.

La regulación jurídica en el ámbito comunitario de las materias relacionadas con la contratación temporal en este contexto han sido un ejemplo paradigmático de dichas dificultades. Así, aunque la ausencia de específicas competencias en la materia no han impedido que las instituciones comunitarias no hayan renunciado a su tratamiento, también hay que decir que su esfuerzo ha tenido resultados muy limitados. En general, los instrumentos jurídicos dedicados hasta ahora a su regulación han tenido una virtualidad mínima o, en caso

<sup>26</sup> Vid. Areilza Carvajal, J.M.: El principio de subsidiariedad..., *op. cit.*, pág. 15.

<sup>27</sup> Vid., en este sentido, CASAS BAAMONDE, M.E.: "Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", RL 1993, t. I. Pág. 49 y ss.

<sup>28</sup> Pérez de los Cobos, F.: El derecho social comunitario..., *op. cit.*, pág. 43 y CASAS BAAMONDE, M.E.: Doble principio de subsidiariedad..., *op. cit.*, pág. 51.

<sup>29</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: "La reforma de la protección de los riesgos profesionales", RL 1990, núm. 9. pág. 5.

de tenerla, ha estado circunscrita a aspectos determinados o, en fin, no han pasado de ser meras propuestas que tras una azarosa tramitación no han sido finalmente aprobadas.

El primero de estos intentos fracasado de regulación del empleo temporal fue la *Proposición de Directiva del Consejo en materia de trabajo temporal y contratos de duración determinada* de 1982<sup>30</sup>, que abordaba conjuntamente una ambiciosa regulación tanto de la contratación temporal, esto es, la realizada mediante empresas de trabajo temporal, como de la de duración determinada. Así, con el objetivo principal de eliminar las diferencias de tratamiento normativo de los distintos Estados que pudieran falsear la competencia, y los posibles abusos derivados de la utilización del empleo temporal, se propuso una regulación que establecía como principio básico la normalidad del empleo estable y la excepcionalidad de la contratación de duración determinada, cuya utilización se limitaba tan solo para determinadas causas objetivas (hacer frente a una disminución temporal de los efectivos de la empresa, o para cumplir tareas ocasionales no duraderas por su naturaleza)<sup>31</sup>. Dicho principio tiene su traducción en el plano normativo de la propuesta, en el establecimiento de la prohibición de que las empresas celebren un contrato de duración determinada al margen de los supuestos expresamente establecidos (art. 15.1), sancionando su transgresión con la consideración del contrato como indefinido.

Además, junto a la regulación de este aspecto central, la propuesta de Directiva establecía una serie de garantías formales y sustanciales para la tutela de los derechos de los trabajadores, entre las que destacaban, la obligatoriedad de su formalización escrita con referencia al trabajo a realizar e indicación de la causa de temporalidad (art. 16); el reconocimiento del derecho a una remuneración que no fuera inferior a la de los trabajadores indefinidos (art. 17); el derecho del trabajador a una indemnización en caso de resolución empresarial del contrato antes de su finalización (art. 18); la obligación de informar a los representantes de los trabajadores bajo contrato de duración determinada (art. 19); la inclusión de los trabajadores sujetos a estos contratos en el cómputo de los efectivos de la empresa cuando este se realice para determinar las obligaciones sociales derivadas del número de trabajadores (art. 20); y, en fin, la prohibición de su utilización para sustituir a trabajadores en huelga (art. 21)<sup>32</sup>. No obstante, esta propuesta de Directiva, cuyo ambicioso contenido se enmarcaba en el maltrecho principio comunitario de armonización de las legisla-

<sup>30</sup> JO C 128, de 19-5-1982.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ-POSADA, E.: Igualdad, vacaciones y trabajo temporal en las disposiciones comunitarias, Relaciones Laborales, 1986, Tomo I, pág. 1200.

<sup>32</sup> Para un análisis más detallado de la propuesta *vid.* TUDELA CAMBRONERO, G.: Algunas consideraciones en torno a la Proposición de Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas en materia de trabajo temporal y de contratos de trabajo de duración determinada, Revista de Trabajo, 1984, núm. 74, págs. 111 a 120.

ciones para la mejora de las condiciones de trabajo por la vía del progreso<sup>33</sup>, no fue finalmente objeto de aprobación, a pesar de los intentos de flexibilización de algunos de sus aspectos realizados en posteriores modificaciones<sup>34</sup>, lo que encuentra de nuevo parcial explicación en las resistencias de los Estados miembros a someter a limitaciones o condicionantes lo que con toda seguridad constituía en esos momentos de constante crecimiento del paro uno de los principales instrumentos de sus políticas de empleo.

Con posterioridad la contratación temporal ha sido objeto de otros tratamientos jurídicos en el ámbito estrictamente comunitario<sup>35</sup>, entre los que destaca, a pesar de su mínima virtualidad normativa, el realizado por la Carta Comunitaria de los Derechos sociales fundamentales<sup>36</sup>. Sin embargo, como se ha indicado, la eficacia de esta referencia a la contratación temporal esta condicionada doblemente ya que a la devaluación general del rango jurídico a que fue sometida la Carta Comunitaria —aprobada finalmente por once de los doce Estados miembros y tan solo como una declaración solemne— hay que añadir la generalidad de su contenido, más cercano al terreno de los principios y los objetivos generales de política social que a la formulación siquiera mínima de concretos derechos<sup>37</sup>. No obstante, precisamente como consecuencia del desa-

<sup>33</sup> Cuyo definitivo declive se exteriorizó de manera gráfica con ocasión de la tramitación y la aprobación de la Carta Comunitaria, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: La carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, en AA.VV: Política Social, internacional y europea..., *op. cit.*, págs 311 a 338.

<sup>34</sup> *Vid.*, en ese sentido DURÁN LÓPEZ, F.: Las previsiones comunitarias de regulación del trabajo temporal y de la contratación de duración determinada, Relaciones Laborales, 1985, Tomo I, pág. 1395.

<sup>35</sup> No obstante, entre los convenios de ámbito europeo más amplio del comunitario y a pesar de su limitado alcance, cabe destacar la referencia contenida en la Carta Social Europea (Parte II, artículo 1.1) en la que las partes signatarias, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, se comprometen "a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible de empleo, con el fin de lograr el pleno empleo". *Vid.*, acerca de su alcance, DÍAZ BARRADO, C.: La carta social europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa, en Política social, internacional y europea..., *op. cit.*, págs 231 a 258, particularmente 248 y ss.

<sup>36</sup> El artículo 10 relativo a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo establece que "El desarrollo del mercado europeo de trabajo debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación por la vía de progreso de dichas condiciones y se aplicará a: (...) - todas las formas de trabajo distintas al trabajo por tiempo indefinido, y en particular al trabajo de duración determinada, al trabajo estacional, al trabajo a tiempo parcial y al trabajo interino".

<sup>37</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: La carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, en Política Social, internacional y europea..., *op. cit.*, págs 311 a 338.

rollo del programa de acción relativo a la aplicación de la Carta Comunitaria, se realizaron otras propuestas de Directivas (en lugar de una sola como se anunciaba en dicho programa) dirigidas a regular las denominadas relaciones atípicas (tiempo parcial, trabajadores temporales y empresas de trabajo temporal) en materia de condiciones de trabajo, mínimos garantizados y seguridad y salud, cuya tramitación sufrió un desigual destino.

Así, por un lado, las propuestas de directivas relativas a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo y a las distorsiones de la competencia (fundadas en los artículos 100 y 100 A del TCEE, respectivamente), que no fueron finalmente aprobadas, abordaban una regulación detallada de las condiciones mínimas de los trabajadores temporales, entre cuyos aspectos destacan el reconocimiento del derecho a acceder a la formación profesional y a las prestaciones otorgadas en virtud de un régimen de seguridad social no contributiva, en condiciones comparables a los trabajadores indefinidos, así como un variado deber de información por parte de la empresa vinculado al ideal todavía vigente del principio de estabilidad en el empleo<sup>38</sup>. Igualmente destacable era la propuesta de regulación en materia de seguridad social —cuya protección, se establecía, deberá sustentarse en la misma base y en los mismos criterios— y la limitación de la utilización de contratación temporal hasta un total de treinta y seis meses con la finalidad de evitar la precarización del mercado de trabajo y la sustitución de la contratación indefinida por temporal<sup>39</sup>.

Mayor éxito tuvo la tercera propuesta, que culminó en la aprobación de la Directiva 91/383/CEE, del Consejo, por la que se completan las medidas tendentes a promover a la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. En esta como en otras ocasiones, la regulación de materias relacionadas con la seguridad y la salud del trabajo sirvió como factor propiciatorio<sup>40</sup> de desarrollo y defensa del derecho social europeo. No obstante, aunque la opción de regular el trabajo temporal mediante el procedimiento establecido en el art. 118 A. TCEE, fue decisiva para la adopción de esta normativa con éxito, no es menos cierto que ello comportó relevantes limitaciones tanto desde el punto de vista de su contenido, como de su carácter y aplicación, ya que de un lado, la limitada base competencial conferida a las instituciones comunitarias en el art. 118 A impidió abordar otros aspectos relacionados con el trabajo temporal y, de otro, la imposición de dicho artículo de que la regulación comunitaria tan solo pudiera establecer derechos mínimos —concepto bastante alejado de la armonización de las legislaciones por la vía

<sup>38</sup> COLINA ROBLEDO y otros: Derecho Social Comunitario. Tirant lo Blanch, 1994, pág 348.

<sup>39</sup> *Ibidem.*

<sup>40</sup> PÉREZ ALENCART, A.: El derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo..., *op. cit.*, pág 21.



del progreso- limitó el propio contenido de la normativa aprobada. Con todo, esta regulación presenta muchos otros aspectos relevantes entre los que destacan, de un lado, que procede al tratamiento conjunto de la contratación temporal a través de empresas de trabajo temporal y los contratos de duración determinada, confirmando la necesidad de afrontar de modo global lo que constituyen dos manifestaciones del empleo temporal que cuentan con muchos efectos parecidos cuando no idénticos. De otro lado, se realiza, por primera vez en la normativa comunitaria, una definición con efectos jurídicos de lo que sea empleo temporal y contratación de duración determinada. Definiciones que, como se analiza más adelante, han sido mantenidas por la posterior regulación de contratos de duración determinada.

### 3.2. La ampliación del marco competencial comunitario y la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de la normativa comunitaria en un nuevo contexto económico

La indicada debilidad competencial y las dificultades en la producción de normativa social que ha caracterizado, a pesar de los esfuerzos de sus instituciones, gran parte del desarrollo de la Comunidad Económica, tiene un importante punto de inflexión con ocasión del proceso de reforma de los Tratados Constitutivos iniciado en Maastricht y consolidado posteriormente en el Tratado de Amsterdam. En efecto ambos tratados ponen de manifiesto la existencia de lo que se ha denominado como un *desbordamiento* de la preeminencia de la finalidad puramente económica de la Comunidad y su superación mediante la progresiva incorporación de la cohesión económica y social como objetivo también prioritario, con la consecuente ampliación de la acción comunitaria en materia social<sup>41</sup>. Entre las novedades más importantes incorporadas a los Tratados —de manera tortuosa, primero a través del Protocolo Social del Tratado de la Unión Europea, posteriormente incorporado a los tratados Constitutivos mediante el Tratado de Amsterdam— destacan, de un lado, la ampliación de las competencias comunitarias en materia social y la atenuación de los requisitos para la adopción de una normativa común y, de otro, la consolidación de la participación de los interlocutores sociales europeos en la elaboración de normas de carácter social. Ambos aspectos constituyen no solo los antecedentes sino las premisas necesarias de la posterior actividad legislativa de la Unión Europea, entre cuyos resultados se encuentran el Acuerdo y la Directiva sobre Contratos de Duración Determinada.

Por lo que se refiere al primer aspecto, tras las modificaciones introducidas en Amsterdam, el Tratado de la Unión Europea confiere a la Unión Europea nuevas y mayores competencias en materia social. Así, de un lado, se incorporan nuevas competencias normativas en relación con materias como la segu-

<sup>41</sup> PAREJO ALONSO, L.: La política y el derecho sociales de la Unión Europea, en AA.VV., *Política Social internacional y europea...*, op. cit., pág 277 y ss.

ridad social o la representación y defensa colectiva de los trabajadores y de los empresarios (art. 137.3 de la versión consolidada del Tratado) cuya aprobación continua requiriendo la unanimidad de los Estados miembros. De otro lado, y esto es muy destacable, se amplía el número de materias para cuya regulación se requiere la mayoría cualificada y no unanimidad de los Estados miembros, ámbito que incluye, entre otras, la regulación de las condiciones de trabajo (art. 137.2 de la versión consolidada del Tratado), lo que desde luego, abre la posibilidad de abordar la regulación de importantes aspectos sociales apartados hasta el momento por la Unión entre los que se encuentra la contratación temporal. Por otro lado, las mencionadas reformas de los Tratados Constitutivos, profundizan en el papel de los interlocutores sociales en materia de diálogo, consulta y participación, ya reconocido parcialmente en la anterior versión del Art. 118 B TCEE, ampliándolo ahora notablemente y sobre todo dotándole de la suficiente cobertura jurídica para permitir la suscripción de acuerdos o convenios colectivos susceptibles de convertirse por decisión del Consejo en normativa vinculante a los Estados miembros. Precisamente esta segunda posibilidad es la que mayor repercusión ha tenido hasta el momento en el desarrollo de la normativa comunitaria, notablemente impulsado como consecuencia de la intensa actividad desarrollada por los interlocutores sociales europeos, entre cuyos resultados se encuentra el Acuerdo sobre Contratos de Duración Determinada y la Directiva aquí comentada.

Sin embargo, a pesar de dichos avances la actividad normativa de la Unión Europea en materia social continúa estando fuertemente condicionada tanto en sus competencias como en el alcance y finalidad de su regulación. Así, en primer lugar, si la ampliación competencial producida en materia social supone —como se ha destacado— el establecimiento de una habilitación general de la Unión Europea que pasa a ostentar competencias concurrentes con los Estados miembros, dicha ampliación queda no obstante atenuada por la escasa precisión en la limitación de las materias y por tanto por una sujeción excesiva al reforzado principio de subsidiariedad<sup>42</sup>. Pero además, junto a estos condicionantes hay que destacar un cambio importante que afecta sino a los objetivos si al alcance de la actuación de la Unión Europea en materia social en virtud del cual el tradicional objetivo de la armonización de las legislaciones para la mejora de las condiciones de trabajo por la vía del progreso, se ve notablemente matizado. Tal cambio tiene su traducción jurídica en la nueva redacción del art. 137 TCEE que configura la actividad de Comunidad tan solo como una labor de apoyo y complemento de la acción de los Estados en el ámbito de las condiciones de trabajo, mediante la adopción a tal fin de *disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente y teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones de cada uno de dichos Estados*. Este planteamiento sobre el alcance de la regulación social comunitaria, que condiciona tanto la acción normativa directa como la *actuación sustitutiva* de la negociación colectiva, se

<sup>42</sup> *Ibidem*.

inserta en una nueva filosofía de la regulación del mercado de trabajo según la cual la consecución de la creación de empleo deja en segundo plano el principio de aproximación de las condiciones de empleo por la vía del progreso. Según este nuevo planteamiento, manifestado de forma expresa en el Consejo Europeo de Essen, resulta prioritario abordar la modernización de la organización del trabajo, mediante la regulación de formulas flexibles de empleo que permitan aumentar la competitividad de las empresas y alcanzar el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad. Se configura así una *tercera vía*, por la que transite el derecho social europeo en la que por un lado, se busque el equilibrio de la mejora de las condiciones de los trabajadores incorporando a su vez las necesidades y exigencias empresariales de flexibilidad y, por otro se trate de compatibilizar una mínima armonización de la regulación comunitaria con la existencia de regulaciones nacionales, más acordes y próximas con sus realidades económicas y sociales. En este contexto, precisamente, se sitúan los acuerdos adoptados por los interlocutores sociales por invitación del Consejo y en el marco de la Acción comunitaria en materia de flexibilidad del tiempo de trabajo y la seguridad de los trabajadores, referidos al trabajo a tiempo parcial, y al trabajo de duración determinada.

#### 4. EL ACUERDO MARCO Y LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA

##### 4.1. Planteamiento general: objeto, ámbito y significación de la nueva regulación

Como se ha puesto certeramente de manifiesto, el Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada celebrado por los interlocutores sociales europeos y aplicado por la Directiva 1999/70/CE, constituye un hecho de destacable relevancia en la construcción del derecho social europeo tanto desde el punto de vista formal como de su contenido<sup>43</sup>, en la medida en que tras múltiples intentos se aborda por primera vez —con el importante precedente del Acuerdo y la Directiva sobre contrato a tiempo parcial— la regulación de una institución del ordenamiento social tan esencial como son las modalidades contractuales de entrada en el mercado de trabajo. Con esta regulación, por otra parte, se desarrollan aunque parcialmente las previsiones contenidas en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales en lo referente a la regulación de las formas distintas del trabajo por tiempo indefinido. Sin embargo, a pesar de la indudable relevancia de la nueva regulación comunitaria, la ajustada valoración de su contenido y sobre todo de su virtualidad requiere de un análisis

<sup>43</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva y el desarrollo de la dimensión convencional del Derecho social comunitario, Relaciones Laborales, núm. 22, 1999, pág. 5.

—para el cual no se puede prescindir de la referencia y comparación con las anteriores propuestas de regulación realizadas por la Comisión Europea— de sus elementos definidores, esto es, el **objeto y ámbito de aplicación** de la Directiva así como el **alcance** de su regulación. Dicho análisis, por otra parte, permitirá realizar una aproximación al **significado** que la normativa del trabajo de duración determinada adquiere en el actual contexto de la Unión Europea y a sus previsible efectos respecto a la situación de la contratación temporal cuya caracterización general se ha esbozado al inicio de este trabajo.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos citados, tal y como establece su propio preámbulo, el Acuerdo Marco tiene por **objeto** la regulación de “las condiciones de empleo de los trabajadores con un contrato de duración determinada”. Sin embargo, dicha declaración genérica expresa más una voluntad que una realidad y ha de ser objeto de matización a la vista de la concreta regulación contenida en sus cláusulas, tanto en lo referido al contenido cuanto a su intensidad. Por lo que se refiere a su contenido, el Acuerdo no aborda, tal y como parecería, el establecimiento de un amplio régimen jurídico que regule en general las condiciones de empleo del trabajo de duración determinada, sino que por el contrario circunscribe su contenido a la regulación de tan solo algunos de sus aspectos más relevantes. Así, por un lado, el acuerdo tiene por objeto “*mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respecto al principio de no discriminación*” (Cláusula 1 del Acuerdo). Se trata de un objetivo que se hace extensivo a todas las condiciones de trabajo, si bien desde el punto de vista de la no discriminación, esto es, se refiere a la prohibición de la fijación para los contratados por una duración determinada de condiciones menos favorables que las aplicables a los trabajadores fijos. Por otro lado, el Acuerdo se refiere al establecimiento de garantías o límites a los abusos en la utilización de dichas modalidades de contratación y de manera complementaria, al establecimiento de algunas medidas relativas a la información, consulta y oportunidades de empleo de los contratados por una duración determinada.

El contenido del acuerdo, por tanto, se circunscribe a la eliminación de la discriminación y al establecimiento de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva derivada de la sucesión en la contratación de duración determinada. Por el contrario, el Acuerdo no hace referencia a la regulación de otros importantes aspectos de la contratación de duración determinada. Así, se excluye de manera expresa cualquier referencia normativa a la protección social, materia declarada expresamente competencias de los Estados miembros, a pesar de su notable influencia en la conformación de los derechos de los trabajadores de duración determinada. Se abandona en esta ocasión, por tanto, la técnica adoptada por anteriores propuestas de regulación de la contratación de duración determinada, en las cuales se optaba por el establecimiento de un amplio y protector régimen jurídico relativo a materias como la formalización de los contratos, la duración máxima, las indemnizaciones, y la protección social, etc.

Junto a ello, y por lo que se refiere a la intensidad o al carácter de dicha regulación, las disposiciones del Acuerdo se configuran como *principios gene-*

rales y requisitos mínimos, esto es, como una regulación mínima y en ningún modo acabada, que en buena parte de sus aspectos requiere para su puesta en práctica y especificación de una intensa actividad normativa de los Estados miembros o, en su caso, de la regulación sectorial. En este sentido, los ambiciosos objetivos manifestados en anteriores ocasiones por las instituciones comunitaria dirigidos a la mejora general de las condiciones de empleo de los contratos de duración determinada quedan notablemente reducidos no solo en su contenido sino también en su alcance, limitándose el actual Acuerdo –tal y como indica su propia preámbulo- a “establecer un marco general” que garantice la igualdad de trato, proteja contra la discriminación y evite el abuso en la utilización de estas modalidades de contratación. Tal reducción tiene su origen no solo en la voluntad de los interlocutores sociales o en la dificultad de armonizar regulaciones nacionales dispares sino también, entre otros aspectos, en el matizado marco competencial en materia social surgido de los Tratados de Maastricht y Amsterdam. En este marco, como se ha indicado con anterioridad, la acción de la Comunidad queda circunscrita al apoyo y complemento de los Estados miembros mediante la adopción de disposiciones mínimas que se aplique progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones existentes en los Estados miembros (art. 137 Texto Consolidado TCEE) y siempre dentro del marco de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>44</sup>, esto es, limitándose a la regulación de aquellos objetivos que las disposiciones de los Estados no pueden alcanzar de manera suficiente (Art. 5 Texto consolidado TCEE). Precisamente en atención a estos criterios el Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada remite a los Estados no solo la elección de la forma y de los medios para la incorporación de sus objetivos –formula habitual en las disposiciones comunitarias en forma de Directiva- sino la propia definición de relevantes aspectos no desarrollados en el propio Acuerdo, con la finalidad de que puedan adaptarse a la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas.

En segundo lugar, por lo que se refiere al **ámbito de aplicación**, la regulación de la Directiva tiene como destinatarios los trabajadores con un contrato de duración determinada, en los casos en los que se encuentren definidos por la legislación, los convenios o las prácticas vigentes en cada Estado miembro (Cláusula 2 del Acuerdo). En este sentido, a efectos de la Directiva, se entiende por trabajador con contrato de duración determinada aquellos con un contrato de trabajo o relación laboral concertada directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado (Cláusula 3 del Acuerdo)<sup>45</sup>. Por tanto, con esta amplia

<sup>44</sup> Considerando 15 de la Directiva.

<sup>45</sup> Definición ya empleada por la *Directiva 91/383/CEE, del Consejo, por la que se completan las medidas tendientes a promover a la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal*

formula la regulación de la Directiva alcanza a todos los contratos de duración determinada –en los términos definidos en su articulado- al margen del tipo y número de modalidades contractuales que se encuentren recogidas en cada uno de los Estados miembros, cuya formulación y régimen jurídico generalmente diferirá.

No obstante, la inicial amplitud de la directiva queda doblemente matizada: por un lado, porque la propia directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan excluir su aplicación a algunas relaciones laborales de duración determinada. En concreto el Acuerdo se refiere a las relaciones temporales de formación profesional y de aprendizaje y a los contratos o las relaciones de trabajo surgidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesional, de naturaleza pública o sostenido parcialmente por los poderes públicos (Cláusula 2.2 del Acuerdo). Se deja, por tanto, a elección de los Estados miembros la aplicación de las medidas establecidas en el Acuerdo a las modalidades contractuales cuyo objeto sea la formación inicial, el aprendizaje o se enmarquen en programas públicos de formación o inserción, permitiendo una regulación propia no sometida a los límites derivados de la aplicación del principio de no discriminación así como al resto de reglas limitativas de la utilización sucesiva de contratos.

Por otro lado, el ámbito de aplicación de la directiva queda notablemente disminuido por la significativa exclusión de las contrataciones de duración determinada desarrolladas en el marco de la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal. A pesar de que los propios interlocutores sociales ponen de manifiesto en el preámbulo del Acuerdo Marco su intención de estudiar la necesidad de un acuerdo similar para las agencias de trabajo temporal, esta exclusión tiene una gran relevancia tanto desde el punto de vista material, en la medida en que el volumen de empleo temporal registrado en el marco de las Empresas de Trabajo Temporal es importante, como desde el punto de vista sistemático. En efecto, tal y como se puso de manifiesto en las sucesivas propuestas de Directivas en relación con el trabajo temporal –y en la propia Directiva 91/383/CEE, relativa a la seguridad y la salud de los trabajadores con contrato de duración determinada o de empresas de trabajo temporal- la identidad de las dos formas de contratación temporal, hubiera requerido una regulación conjunta, sin perjuicio del reconocimiento de las particularidades de las relaciones en el marco de las Empresas de Trabajo Temporal<sup>46</sup>.

No obstante, más allá de la valoración del alcance de su contenido y ámbito de aplicación, y sin perjuicio de las limitaciones analizadas, el Acuerdo comentado tiene una **significación** más profunda, referida a la propia definición del papel de la contratación temporal en el marco de la regulación del mercado de trabajo. En este sentido, se ha sostenido por la doctrina, que el Acuerdo Marco

<sup>46</sup> Para una panorámica general del trabajo temporal a través de las Empresas de Trabajo Temporal en Europa, Ver *Le travail Temporaire en Droit Comparé Européen et international*, de Bruno Siau, L.G.D.J, Paris, 1996.

sobre contratación de duración determinada tiene la virtualidad de romper con la tradicional subordinación de la contratación temporal a la política de empleo de los países de la Unión Europea reconduciendo su utilización a los supuestos en los que existan razones objetivas<sup>47</sup>. En tal sentido se manifiestan precisamente los firmantes del Acuerdo Marco cuando, entre sus consideraciones generales, declaran que *los trabajos de duración indefinida son la forma más común de la relación laboral, y que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos* (Consideraciones Generales 6ª y 7ª del Acuerdo Marco). Según estos planteamientos, la nueva regulación comunitaria tendría como consecuencia la eliminación de la posibilidad de que los Estados miembros establezcan modalidades contractuales con la exclusiva finalidad de fomentar el empleo así como la sujeción de su actividad normativa al principio general de causalidad en la contratación temporal.

Tales conclusiones y principios generales, sin embargo, no solo no encuentran un reflejo directo en la concreta regulación del Acuerdo, sino que además encuentran notables excepciones. En efecto, si bien es cierto que en el contenido del Acuerdo destaca el establecimiento de medidas que limitan la utilización de la contratación de duración determinada mediante el reforzamiento de su vinculación a razones objetivas, no lo es menos que tales medidas se refieren no tanto a la utilización inicial –ausente de regulación expresa– cuanto a los motivos, el número y la duración de sus renovaciones o de la sucesión de tales contratos. En ese sentido, la propia definición del trabajo de duración determinada adoptada por el Acuerdo Marco, no representa una particular restricción de las tradicionales causas de utilización de dichos contratos, en la medida en que reproduce la realizada por la Directiva 91/383/CEE, relativa a la seguridad y la salud de los trabajadores con contrato de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las modalidades temporales de contratación y no solo a aquellas que se fundamentan en causas económicas<sup>48</sup>, además de incluir expresamente entre las causas objetivas que pueden determinar el final del contrato, el simple establecimiento de una fecha concreta. Así, junto a la reproducción literal de tal definición destaca la ausencia de referencia alguna al concreto contenido de los contratos, tal y como realizaba la proposición de Directiva de 1982, que expresamente limitaba la utilización de los contratos de duración determinada a los supuestos de necesidades temporales derivadas directamente de circunstancias objetivas de la empresa, sancionando la elusión de tal limitación con la calificación del contrato como indefinido<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectivo..., *op. cit.*, pág. 5.

<sup>48</sup> MONTOYA MELGAR, A. y otros: Derecho Social Europeo..., *op. cit.*, págs. 118-119.

<sup>49</sup> a) disminución temporal de efectivos; b) aumento temporal o excepcional de actividad o actividades estacionales; c) ejecución de una tarea ocasional precisamente definida y no duradera; d) contratos justificados por un trabajo muy específico para el que es uso constante no recurrir a un contrato de duración indefinida y e) lanzamiento de una actividad nueva de duración incierta. (Art. 15).

Por otro lado, la afirmación de que con la nueva regulación del trabajo temporal se elimina la posibilidad de que los Estados recurran a ella como instrumento de fomento del empleo queda parcialmente matizada por el establecimiento de la posibilidad de que estos excluyan la aplicación de la Directiva a las contrataciones formativas y a los programas específicos de inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenidos por poderes públicos. En efecto, la Directiva no solo no prohíbe la utilización de la contratación temporal como medida de fomento del empleo y la inserción profesional, sino que expresamente permite la reserva por parte de los Estados de esta facultad que, aunque circunscrita al concreto ámbito de las contrataciones formativas y los programas públicos de inserción, deja un amplio margen al establecimiento de figuras contractuales temporales no sujetas a causas objetivas. En este sentido, por un lado, se permite a los Estados configurar modalidades contractuales dirigidas a la inserción de determinados colectivos con mayores dificultades en el acceso al mercado de trabajo –por ejemplo, los minusválidos, como ocurre en España– pero por otro lado también se permite el establecimiento de otras dirigidas a la formación inicial y al aprendizaje, modalidades estas últimas utilizadas de forma generalizada por los Estados de la Unión Europea y de cuyo nivel de utilización dan cuenta, como se analizó anteriormente, las estadísticas sobre contratación temporal, particularmente la referida a los de jóvenes.

Y si la virtualidad limitativa del Acuerdo respecto de la contratación temporal como fomento del empleo es matizada, también lo es respecto al control de la contratación de duración determinada, cuya limitación o reducción no se recoge expresamente como objetivo directo –aunque sí de modo indirecto– de los interlocutores sociales<sup>50</sup>. Por el contrario, como se ha puesto de manifiesto igualmente por la doctrina, una de las virtualidades de la regulación comunitaria es precisamente configurar la contratación de duración determinada como *una forma de trabajo normalizada*<sup>51</sup>. A tal fin, en vez de ofrecer una regulación restrictiva o limitativa de estas formas de contratación –aunque sí de su utilización sucesiva–, se reconoce su necesidad en determinadas circunstancias así como la conveniencia de que su regulación se adapte a la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. A este respecto destaca en el Acuerdo la ausencia de cualquier referencia a la mejora de la calidad en el empleo mediante la conversión en indefinido –salvo un difuso derecho de información de los trabajadores temporales acerca de las

<sup>50</sup> Así, frente a la consideración general de la propuesta de directiva de 1982 que establecía que “el empleo permanente debe suponer la situación normal y que el recurso a empleos temporales debe estar económicamente justificados”, el actual Acuerdo se limita a constatar que *los contratos indefinidos son la forma más común de relación laboral*, a la vez que considera que *los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores y ocupaciones*.

<sup>51</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectivo..., *op. cit.*, pág. 6.

vacantes de empleos permanentes- lo que abunda en la visión normalizada y no patológica de la contratación temporal por parte de los interlocutores sociales.

El Acuerdo, por tanto, se hace eco de las exigencias de flexibilidad en la organización del trabajo, que se concretan en la posibilidad de que los Estados aborden una regulación que se adapte a las circunstancias de los concretos sectores y ocupaciones, dejando a los Estados miembros un amplio margen en la definición de las circunstancias que justifiquen la utilización de la contratación temporal, lo que puede suponer una profundización de la comentada tendencia de las legislaciones europeas de facilitar o eliminar requisitos para su utilización, y que podría tener como consecuencia directa un incremento de la contratación de duración determinada. A la posibilidad de dichas conclusiones apunta, con las debidas cautelas y salvando las distancias, el análisis de la experiencia de la reforma española de 1994, que bajo idénticas premisas -recuperación de la causalidad y eliminación de la contratación de fomento del empleo- conoció un incremento sustancial de la contratación de duración determinada, cuya regulación fue objeto de modificaciones inspiradas en el principio de *adaptabilidad y adecuación a las necesidades reales de las empresas y los individuos*<sup>52</sup>.

A la vista de las anteriores consideraciones, la virtualidad del Acuerdo se encuentra en el establecimiento de un marco mínimo en las condiciones de empleo de los trabajadores con contrato de duración determinada que garantice la no discriminación respecto de los trabajadores fijos y que evite los abusos derivados de la utilización sucesiva de los contratos temporales. Con ello, como se ha destacado, se sientan *las bases para una concepción distinta del trabajo de duración determinada, que destierre la posibilidad de su particular favorecimiento por motivos de abaratamiento y precariedad*<sup>53</sup>. En otras palabras, el Acuerdo Marco, mas que referirse al control de la contratación temporal, cuya utilización por otra parte se normaliza, se refiere a las condiciones en que esta se debe desenvolver, evitando alguna de sus circunstancias tradicionalmente más indeseables, particularmente la precarización derivada del establecimiento de peores condiciones que las disfrutadas por los trabajadores indefinidos y la utilización abusiva derivada de la utilización de sucesivos contratos temporales.

Por lo tanto, en definitiva, no estamos tanto ante un instrumento normativo de restricción de la temporalidad (pues, como se ha indicado puede incluso favorecer su crecimiento), como ante un instrumento de normalización, aun con limitaciones, de la utilización de dichas modalidades de contratación en un nuevo marco jurídico protector dotado de relevantes garantías<sup>54</sup>. Ello, no

<sup>52</sup> Apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de reforma del Estatuto de los Trabajadores. *Vid.*, en ese sentido, Morón Prieto, R.: La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica. RL, pág. 12.

<sup>53</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectivo..., *op. cit.*, pág. 6.

<sup>54</sup> En la línea expresada por RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: Contratación temporal y nuevas formas de empleo..., *op. cit.* pág. 3 de "configurar unas reglas de juego y un

obstante, supone un avance destacable no solo por el establecimiento de límites y mejoras en el régimen jurídico de los trabajadores temporales, sino también por el efecto desincentivador en su utilización -aun indirecto- puedan producir dichos límites y mejoras. En efecto, la desaparición de algunas de las ventajas que están en el origen del aumento de la contratación de duración determinada -sus menores costes generales- mediante la equiparación con los trabajadores indefinidos así como el establecimiento de límites a la duración de la sucesión en los contratos puede actuar como un factor desincentivador de su uso. A este respecto, sin embargo, hay que destacar la permanencia de uno de los principales atractivos de la contratación de duración determinada: la notable diferencia de sus costes de extinción respecto de los trabajadores fijos o indefinidos.

## 4.2. Contenido de la directiva

### 4.2.1. Principio de no discriminación

Como se ha indicado una de los principales objetivos del Acuerdo Marco es garantizar la ausencia de discriminación en las condiciones de empleo de los trabajadores con un contrato de duración determinada. A tal fin se dispone de una regulación específica que reproduce sustancialmente la fórmula utilizada en el Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial, lo que confirma el que, según la doctrina, será el perfil futuro del tratamiento comunitario sobre las condiciones de trabajo<sup>55</sup>. En efecto, la Cláusula 4 del Acuerdo establece que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas", entendiendo a tales efectos, como "trabajador fijo comparable" aquel que con un contrato indefinido realice en el mismo centro de trabajo una ocupación idéntica o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña (Cláusula 3). Del contenido del Acuerdo se derivan, por tanto dos ideas: la primera que no se impone un trato idéntico, sino que tan solo se prohíbe un trato menos favorable, lo que en principio permite la regulación más favorable de determinadas condiciones de empleo de los contratados temporales. La segunda, que se permite un tratamiento diferente, aun menos favorable, eso sí, siempre que existan razones objetivas para ello. Por otro lado, el propio Acuerdo prevé expresamente la aplicación del principio *pro rata*

nivel de garantías adecuado también para esas formas de empleo, aunque ahora no necesariamente con un sentido restrictivo y prohibitivo, sino con el de establecer las formas adecuadas de tutela individual y colectiva para evitar que los valores y garantías constitucionales vengán desconocidos para este creciente sector de la mano de obra.

<sup>55</sup> GONZÁLEZ-POSADA, E.: El Acuerdo Marco sobre el Trabajo A tiempo Parcial y la Directiva 97/81/CE, en AA.VV.: Los contratos a tiempo parcial, Lex Nova, 2000, pág. 33.

*temporis* en la determinación de las condiciones de empleo de los trabajadores temporales aunque limitado a los supuestos en que su utilización resulte adecuado.

Conviene destacar, por otra parte, que la configuración del principio de no discriminación realizada por el Acuerdo sobre Contratación de Duración Determinada resulta más acabada y menos condicionada que la establecida en el Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial, en la medida en que suprime la posibilidad establecida en este último de que los Estados miembros, cuando existan razones objetivas, subordinen el acceso a condiciones de empleo particulares a un periodo de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Por el contrario el Acuerdo sobre Contratación de Duración Determinada sienta el principio de que los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para trabajadores fijos, con la única salvedad de que razones objetivas justifiquen criterios de antigüedad distintos (Cláusula 4.4). En última instancia, tal como hiciera el Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial, el Acuerdo sobre trabajo de duración determinada remite la definición de las disposiciones para la aplicación del principio de no discriminación en los términos previstos, a los Estados miembros y/o los interlocutores sociales según la legislación comunitaria y la normativa, los convenios y las prácticas nacionales.

#### 4.2.2. Medidas contra la utilización abusiva

Pero sin duda, la regulación más peculiar del Acuerdo Marco analizado es la referida a las medidas destinadas a prevenir la utilización abusiva de la contratación de duración determinada, contenidas en su Cláusula 5. El objeto de las medidas no es, como se ha indicado ya, el estricto control de la causalidad en la contratación sino tan solo al control de los abusos derivados de la utilización sucesiva de la contratación de duración determinada. No se trata, por tanto, de limitar su utilización sino de evitar la prolongación o perpetuación de la situación de temporalidad mediante la utilización de sucesivos contratos. A tal fin, el Acuerdo establece una serie de medidas que pueden ser adoptadas por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Las medidas propuestas son: a) el establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos de duración determinada; b) la fijación de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y c) el número de renovaciones de tales contratos. Igualmente, el Acuerdo remite a los Estados miembros la determinación de las condiciones las que los contratos de duración determinada se consideran sucesivos y cuando se consideran por tiempo indefinido.

Sin embargo las medidas propuestas en el Acuerdo están sujetas a dos importantes limitaciones. La primera, en cuanto al propio contenido, es la tibieza de las medidas establecidas para *prevenir* la utilización abusiva y sobre todo para garantizar la existencia de causas objetivas que justifiquen el recurso

a la contratación temporal, ya que si bien la primera de las medidas propuestas hace referencia explícita a tales causas las dos restantes tan solo indican la posibilidad de que los Estados fijen un número de renovaciones o la duración máxima total de los sucesivos contratos, sin vincular unas u otras a la existencia o la permanencia de causa objetiva alguna. En este sentido, por otra parte, hay que resaltar que el Acuerdo no establece directamente ningún límite máximo de duración al que deban someterse los Estados en su regulación, a diferencia de anteriores propuestas de Directiva en la que se establecía directamente un límite máximo de 36 meses. Además, en consonancia con el objetivo declarado por el Acuerdo, circunscrito a la prevención y no a la sanción, se renuncia igualmente a definir en que supuestos los contratos de duración determinada se consideran celebrados por tiempo indefinido, solución que contrasta con la contenida en la Propuesta de Directiva de 1984, que expresamente sancionaba la indefinición de los contratos de duración determinada cuando fuesen utilizados en circunstancias distintas a las expresamente permitidas.

La segunda matización hace referencia a la forma de aplicar estas medidas. A este respecto destaca notablemente la técnica adoptada por el Acuerdo para la incorporación de las medidas por los Estados miembros a sus respectivos ordenamientos, que consiste en el establecimiento de una lista de medidas permitiendo a los Estados la posibilidad de introducir, a su elección, "una o varias" de las medidas previstas. Por tanto, en dichos términos, la Directiva sería cumplida por aquellos Estados que al menos estableciera una de las mencionadas medidas, aunque en este caso estuviera comprometido el objetivo último del Acuerdo en torno a la prevención de los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales. Esta técnica, se justifica por la propia Directiva (Considerando 15) en la aplicación del artículo 249 del Tratado, que hace referencia a la obligación de los Estados a cumplir el resultado previsto en la norma comunitaria dejándoles, por el contrario, la elección de la forma y de los medios. Sin embargo, los amplios términos en que se remite a los Estados miembros la elección de las medidas a introducir más que a la técnica de incorporación se asemeja a la técnica convencional similar a la utilizada para la aprobación de la Carta Social Europea. Técnica que si bien garantiza la mejora aceptación por parte de los Estados miembros, supone un menoscabo de la capacidad armonizadora de esta normativa, al permitir, dentro de unos límites flexibles que los Estados concreten el régimen jurídico.

En este sentido, el Acuerdo renuncia a ofrecer una regulación cerrada para su incorporación por los Estados y por el contrario opta por una armonización de mínimos o de criterios generales, que permita su posterior adaptación por cada Estado a su situación y circunstancias. En este sentido precisamente se dirige el mandato de que los Estados "tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y categorías de trabajadores". En todo caso, el resultado final es un producto muy atenuados en la medida en que, por un lado, debilita la propia relación entre los resultados a obtener y los medios a utilizar por cada Estado y, de otro lado, se deja a los Estados la decisión de cuantas y cuales son las medidas a adoptar. Dicha atribución, junto con la remisión de la facultad de



definir los supuestos en los que el contrato de duración determinada se considera sucesivo o indefinido, deja prácticamente en manos de los propios Estados la configuración del régimen jurídico relativo al control de la contratación temporal, pudiendo quedar limitados los objetivos armonizadores del Acuerdo y la Directiva a una mera *coordinación de políticas nacionales* en materia de contratación de duración determinada.

Pero si destacables son los aspectos que el Acuerdo Marco aborda, también lo son aquellos que ni siquiera menciona. Entre estos y en relación precisamente con el control de la utilización de la contratación -sin referirnos, por tanto, a aspectos salariales o de otra índole- destaca la ausencia de referencia alguna a las obligaciones formales específicamente vinculadas a la contratación temporal, esto es, el establecimiento por escrito de la causa que justifica la contratación y la duración de esta. Y ello, en la medida en que, a diferencia de otras obligaciones formales dirigidas a satisfacer los derechos de información del trabajador en torno a sus condiciones de empleo, el establecimiento de la obligación de una forma escrita con descripción de la causa y la duración de la contratación de duración determinada tiene como finalidad permitir un control de la legalidad de la utilización de la modalidad temporal. Es decir, la formalización constituye un instrumento para la identificación de la causa objetiva que justifica la utilización de un contrato de duración determinada e igualmente la causa que justifique las renovaciones de tales contratos o la realización de otros de manera sucesiva. Dicha ausencia constituye una importante debilidad que no queda subsanada por la regulación contenida en la *Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o la relación laboral*, en la medida en que esta permite la exclusión de los contratos cuya duración no rebase un mes o no superen 8 hora semanales o sean de carácter ocasional y, además, en el caso de que sean contratos temporales solo se exige la referencia a la duración previsible pero no a su causa.

#### 4.2.3. Otros aspectos complementarios: Instrumentos para mejorar la calidad del empleo y otras obligaciones de información y consulta

Junto a dos ya analizados y al igual que el Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial, el Acuerdo sobre Contratación de Duración Determinada incorpora otros aspectos complementarios relativos a distintas obligaciones empresariales de información y consulta. En primer lugar, la directiva establece el mandato de que los empresarios informen a los contratados temporales de los puestos vacante para garantizarles que tengan las mismas oportunidades para acceder a puestos permanentes. Ello supone un fortalecimiento de la obligación de informar acerca de las oportunidades de empleo respecto al antecedente del Trabajo a Tiempo Parcial, en el cual tan solo se imponía la obligación de "tomar en consideración, en la medida de lo posible... la transmisión de información sobre los puestos de trabajo a tiempo completo disponibles. Sin embargo a diferencia de la regulación sobre Trabajo a Tiempo Parcial no se

impone, ni siquiera "que se tomen en consideración en la medida de lo posible" las peticiones de transferencia de los trabajadores temporales en indefinidos, lo que pone de manifiesto, de nuevo, la ausencia de una verdadera voluntad de incorporar como objetivo la mejora de la calidad del empleo temporal mediante el estímulo de su conversión en indefinido. Igualmente, el Acuerdo sobre trabajo de Duración determinada impone a la empresa la obligación de facilitar a los trabajadores temporales el acceso a las oportunidades de formación pero en este caso, del mismo modo que en el Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial, tal obligación queda circunscrita a la medida de las posibilidades de la empresa. Se reproduce, igualmente la obligación de informar a los órganos de representación de los trabajadores sobre el trabajo de duración determinada en la empresa, si bien en términos más diluidos (en la medida de lo posible deberán procurar facilitar). Finalmente, el Acuerdo sobre Contratación de Duración Determinada incorpora la obligación, en este caso destinada a los Estados miembros de que los contratos de duración determinada sean tenidos en cuenta para calcular el límite a partir del cual pueden constituirse en la empresa los órganos de representación de los trabajadores previstos en la legislación nacional y comunitaria.

## 5. PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA AL PARTICULAR CASO ESPAÑOL:

### 5.1. Etiología y patología del fenómeno de la contratación temporal en España

El interés general que pueda tener la nueva regulación comunitaria sobre el trabajo de duración determinada se torna particularmente relevante respecto de nuestro país, cuyas cifras de contratación temporal alcanzan niveles verdaderamente patológicos en comparación con el resto de países de la Unión Europea. Unas cifras cuya explicación se encuentra en el particular papel que la regulación de la contratación temporal ha desempeñado en la evolución del conjunto del ordenamiento jurídico laboral en los últimos veinticinco años, de un lado, como elemento central de la política de los poderes públicos de fomento del empleo, pero de otro lado, como instrumento de flexibilización de las condiciones de empleo y, en última instancia, como alternativa a la regulación de la extinción del contrato de trabajo.

La denominada contratación de duración determinada, esto es, la basada en la concurrencia de necesidades objetivas y estructurales de la empresa, constituyó la principal manifestación de contratación temporal hasta 1984. Inspirada en los principios de estabilidad y de causalidad en la contratación temporal la regulación jurídica de estas modalidades contractuales se plasmó, con el antecedente de la Ley de Relaciones Laborales, en el artículo 15 de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores. Dicho precepto, junto al reconocimiento de la preferencia legal por el contrato indefinido, permitía realizar contratos de dura-

ción determinada sujetos a la concurrencia de ciertas causas justificativas, sancionando con la indefinición la utilización fraudulenta de los contratos temporales. No obstante, a pesar de su carácter excepcional, la contratación de duración determinada contemplada en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, gozó ya de una generosa y flexible configuración que atenúa, en ocasiones su carácter causal y no permanente -así, por ejemplo, se acepta la validez de la realización de contratos de obra para la realización de tareas que aunque manifestadas en forma de obras o servicios determinados son permanentes en la empresa-, y que establecía importantes excepciones a la conversión de dichos contratos en indefinidos, haciéndose eco, en este sentido, de las exigencias de flexibilidad normativa para afrontar la situación de crisis económica patente en nuestro país a finales de los setenta<sup>56</sup>.

Este panorama cambió radicalmente con la aprobación de la Ley 34/1984 que tuvo importantes consecuencias directas e indirectas en el régimen jurídico de la contratación de duración determinada. Directamente porque se añade a los supuestos existentes hasta el momento el denominado contrato temporal para el lanzamiento de una nueva actividad -fórmula de dudosa causalidad-. Indirectamente, porque la nueva regulación introduce una extensa gama de contratos temporales coyunturales con la finalidad básica de estimular la contratación, cuya figura estelar fue el contrato temporal como medida de fomento del empleo. Desde el punto de vista jurídico los nuevos contratos se caracterizaban, en términos generales, por un lado, porque su utilización queda desvinculada de la realización de una tarea temporal de la empresa, pudiendo celebrarse para el desempeño de cualquier tarea, aun permanente, de esta. Por otro lado, su gran virtualidad residía en que la duración del contrato era decidida por la empresa, que podía extinguir sin tener que alegar otra causa que el vencimiento del término del contrato y, sobre todo, que dicha extinción no comportaba coste indemnizatorio alguno, o al menos relevante. En dichos términos, la contratación temporal se configuró, desde el punto de vista institucional, como un instrumento central en el conjunto de la política de empleo y, desde el punto de vista empresarial, en un instrumento de adaptación de plantillas y de flexibilización en general de las condiciones de empleo. Y así, la idea de facilitar y flexibilizar la contratación, presente genéticamente en la regulación de los contratos coyunturales, también influyó notablemente en las modalidades causales tradicionales, que de la mano de una masiva utilización empresarial y una muy permisiva interpretación judicial<sup>57</sup>, conocieron un exagerado nivel de utilización que, en la actualidad continua creciendo.

<sup>56</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: Las transformaciones del derecho del trabajo en España, AAVV, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Técno, 1985, pág. 18, para quien la regulación de la contratación temporal recogida en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y pos supuesto sus posteriores modificaciones legales forma parte nuclear junto a otras instituciones como el despido, del denominado "Derecho del trabajo de la Crisis".

<sup>57</sup> Vid. MERCADER UGUINA, J.: La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tirant lo Blanch 1998.

Dicho marco jurídico fue objeto de una importante revisión, con ocasión de la denominada reforma del mercado de trabajo de 1994, presidida por la voluntad declarada de propiciar *la recuperación o el restablecimiento del principio de causalidad en la contratación*, cuyos resultados, sin embargo, fueron más que controvertidos<sup>58</sup>, reducidos, como sostuvimos en su momento, a una simple reordenación de las modalidades contractuales temporales, sin proyección directa sobre las cifras de contratación que, contra pronóstico, se incrementaron notablemente. En efecto, por un lado, la pretendida restricción de la contratación no causal tuvo finalmente un reflejo muy matizado en las normas jurídicas aprobadas, pues si bien se produjo la derogación parcial y aplazada del contrato de fomento del empleo y una regulación más estricta del contrato en prácticas, por contra permaneció vigente el contrato de lanzamiento de nueva actividad y se creó la figura del contrato de aprendizaje, caracterizada por tener como única causa justificativa el fomento del empleo y la inserción de los jóvenes y que conllevaba un reducido coste tanto salarial como en materia de seguridad social, con la correspondiente reducción en la protección social dispensada. Pero además, por otro lado, en relación con los contratos de duración determinada, la nueva regulación incorporó, dando carta de naturaleza a algunos antecedentes de la negociación colectiva, un importante redimensionamiento (o erosión) del propio *principio de causalidad*, ampliando las facultades atribuidas al Convenio Colectivo en la delimitación de los tipos contractuales -particularmente el contrato de obra y el eventual-, la definición de tareas susceptibles de ser desarrolladas por dichos contratos e incluso los periodos temporales en los que se puede desarrollar. Se amplió, por tanto, de modo efectivo el ámbito de utilización de los contratos de duración determinado referido ahora a la cobertura de necesidades productivas que se asimilan cada vez más a las normales y permanentes de la empresa. Finalmente, la reforma de 1994, procedió a reconocer y regular lo que en la práctica se ha convertido en un potente instrumento de incentivación de la contratación de duración determinada: las Empresas de Trabajo Temporal.

La permanencia de contratos temporales acausales con bajos costes salariales y sociales -prácticas y aprendizaje- e incluso incentivados económicamente -fomento del empleo de minusválidos y otros colectivos-, la profusa utilización por la negociación colectiva de sus nuevas facultades<sup>59</sup> asumida de forma particularmente acrítica por los tribunales<sup>60</sup>, así como la notable utiliza-

<sup>58</sup> MORÓN PRIETO, R.: La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo... *op. cit.*, pág. 12.

<sup>59</sup> Vid. sobre el papel de la negociación colectiva en esta materia, particularmente, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma, RL, 1997 tomo I, pág. 205-261, y LÓPEZ GANDÍA, J.: Negociación colectiva y modalidades de contratación temporal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

<sup>60</sup> Vid., en este sentido, MORÓN PRIETO, R. Descentralización productiva y principio de causalidad en la contratación temporal: la finalización del contrato de obra por la terminación de la contrata. *El Derecho*, 1998, nº 737, pág. 3.



ción de las Empresas de Trabajo Temporal, fueron extremos que sumados convirtieron en fallida la presunta voluntad de los legisladores de 1994 de limitar la contratación temporal, cerrando en falso el debate que volvería a abrirse en 1997. En efecto, con la finalidad de corregir los aspectos más negativos de la reforma de 1994 (la persistencia e incremento de una alta tasa de temporalidad instalada estructuralmente en nuestro sistema productivo y aumento de la desprotección social de algunos colectivos), y con el impulso de la concertación de los interlocutores sociales se abordó una nueva modificación del régimen jurídico de la contratación temporal consistente, por un lado, en la eliminación del contrato que concentraba los aspectos más negativos: el contrato de aprendizaje; por otro lado, en la limitación de las facultades otorgadas a los convenios colectivos en relación con el contrato de obra y eventualidad e introduciendo alguna restricción en la sucesión o prórrogas de contratos; por otro, en fin, con el objetivo de mejorar la calidad del empleo, se establecieron una serie de incentivos económicos particularmente dirigidos a la conversión de contratos temporales en indefinidos, proporcionando así una vía muy beneficiosa para la legalización de un buen número de contratos fraudulentos o irregulares. No han faltado, con posterioridad otras iniciativas legales parciales o puntuales dirigidas a desincentivar o racionalizar el uso de la contratación temporal. La más importante es, desde luego, la reforma de la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal llevada a cabo por la Ley 39/1999, entre cuyas principales novedades se encuentra la equiparación en materia salarial de los trabajadores cedidos y los permanentes de la empresa usuaria y el fortalecimiento de la causalidad en el contrato de puesta a disposición mediante la identificación del régimen jurídico de su causa y duración al de los contratos de duración determinada. No obstante, la introducción de estas medidas legislativas no ha producido efectos sensibles sobre el volumen de contratación temporal que, a pesar de todo, sigue caracterizándose por un incremento progresivo de la utilización de los contratos de duración determinada (en el periodo 1997-1999 se han incrementado en un 40 por 100 los contratos de obra, en un 30 por 100 los eventuales y en un 33 por 100 los de interinidad) y por el mantenimiento de una tasa total de temporalidad de más de un 30 por 100.

EVOLUCIÓN CONTRATOS TEMPORALES 1990-1999									
Años	Tiempo parcial	Prácticas	Formac.	Minusv	Jub.a 64 años	Obra o servicio	Eventual	Interin.	Otros
1990..	413,236	212,872	303,918	-	997	1,492,191	1,231,709	254,690	342,036
1991..	473,495	187,118	262,841	-	1,070	1,476,301	1,203,277	266,710	371,178
1992..	541,864	109,324	137,706	-	1,305	1,524,653	1,187,989	277,775	091,437
1993..	637,462	55,649	55,114	-	1,320	1,557,929	1,084,859	278,555	761,659
1994..	935,647	50,962	208,975	-	1,534	2,320,883	1,421,466	307,374	589,473
1995..	1,128,892	69,975	179,072	6,922	2,020	2,356,046	2,243,449	403,832	572,839
1996..	1,516,455	70,054	184,577	8,372	2,779	2,523,626	2,784,008	465,595	717,709
1997..	1,859,851	81,056	156,151	11,698	2,783	2,766,097	3,466,336	533,321	508,791
1998..	2,219,683	94,926	147,415	16,661	2,921	3,177,197	4,113,998	586,706	332,808
1999..	2,215,216	94,672	154,000	20,735	2,888	3,878,145	4,547,402	709,332	394,673

Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales. MTAS. 2000.

Pero, junto a su papel como instrumento de fomento del empleo, como se indicaba, la contratación temporal ha desempeñado un importante papel como instrumento de flexibilización de las condiciones de empleo (lo que se ha denominado flexibilidad interna) y particularmente como mecanismo alternativo a la regulación del despido. Por lo que se refiere a este último aspecto hay que destacar que la contratación temporal y la extinción del contrato -en definitiva referidos a la determinación de la duración del vínculo laboral- han sufrido un tratamiento paralelo, particularmente en los últimos años, justificando recíprocamente eventuales modificaciones legales. Así, en el desenvolvimiento de las relaciones económicas y laborales estas instituciones se vienen manifestando como *vasos comunicantes*, sirviendo la flexibilización de uno de ellos -por ejemplo, la facilitación de la contratación temporal- como válvula de escape de la regulación más rígida de la otra institución -por ejemplo el mantenimiento de los costes indemnizatorios- o viceversa, atenuando los rigores del despido, su procedimiento o sus costes a cambio de una regulación más restrictiva de la contratación temporal. En este contexto la modificación del régimen de la contratación temporal ha operado como una válvula de escape alternativa a la modificación del régimen legal del despido o como contrapeso a su flexibilización. Así ocurrió en la reforma de 1994, en virtud de la cual se configuró un régimen extintivo para los contratos temporales distinto del régimen jurídico común del despido. En sentido inverso, en la reforma de 1994 la facilitación y abaratamiento del despido (y en general la flexibilidad interna del contrato) se presentó como compensación necesaria a la recuperación de la causalidad en la contratación y, del mismo modo, con ocasión de la reforma de 1997, la restricción de la contratación temporal llevó aparejada una nueva flexibilización y abaratamiento de los despidos objetivos por causas económicas, incluso de los declarados improcedentes judicialmente.

En estos términos, la contratación temporal, incluida la de duración determinada, parece condenada, en nuestro actual modelo de relaciones laborales, a servir de moneda de cambio de progresivas modificaciones en otros aspectos de la regulación laboral, y muy en particular los referidos a la determinación y modificación de las condiciones de trabajo y a la facilitación y el abaratamiento de la extinción del contrato. Dándose, sin embargo, la paradoja de que mientras estos últimos aspectos han sido objeto de numerosas e importantes modificaciones en un sentido flexibilizador con una eficacia práctica notable, las pretendidas regulación restrictiva de la contratación temporal y los esfuerzos incluso económicos para su contención y su reducción han tenido, a la vista de los datos, escasos resultados. En consecuencia, a la hora de abordar futuras reformas del régimen de la contratación temporal sería aconsejables un tratamiento independiente y autónomo, centrado en el análisis exclusivo de sus necesidades, efectos y consecuencias, evitando la vinculación de sus eventuales modificaciones a la variación del régimen de otros aspectos de la relación laboral que merecerían, por su puesto, una atención también independiente. En otras palabras, la regulación de la contratación temporal no puede continuar sirviendo de clave de bóveda para la regulación de otros aspectos como la flexibilización de la relación laboral, incluida la extinción, materias que por su dimensión y calado, han de ser objeto de un tratamiento profundo y particularizado por los interlocutores sociales y por los poderes públicos.

## 5.2. Incidencia de la regulación comunitaria en la normativa Española

Tal y como establece el artículo 2 de la Directiva 1999/70/CE, los Estados miembros han de poner en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva antes del 10 de julio de 2001 (o un año más tarde si hubiera dificultades particulares o se procediese a su incorporación mediante convenio colectivo). Ello obligará a abordar próximamente reformas en la legislación española cuyo alcance será, no obstante, desigual no sólo por la configuración y el alcance de los contenidos de la regulación comunitaria analizada anteriormente, sino porque buena parte de los aspectos contemplados en ella ya son objeto de una regulación más o menos intensa en el ordenamiento español.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos contenidos en la Directiva, **el principio de no discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada**, este cuenta con el máximo reconocimiento en nuestro ordenamiento, no solo general -artículo 14 de la Constitución- sino en el particular ámbito de las relaciones laborales -artículo 17 ET-. Dicha regulación, además ha sido objeto de especial atención por la doctrina Constitucional, con ocasión del establecimiento de diferencia de trato entre trabajadores temporales y permanente en sede legal o colectiva. En relación, precisamente, con la negociación colectiva, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han tenido numerosas ocasiones para poner de manifiesto la vinculación del Convenio Colectivo al principio de igualdad y no discriminación (SSTC

136/1987, 76/1990, 177/1993 y SSTS 22-5-1991 y 15-7-1995, entre otras muchas) considerando discriminatorio la aplicación con carácter general de un régimen jurídico diferenciado para los trabajadores temporales o el establecimiento de condiciones de trabajo distintas en determinadas materias. Ello no significa que nuestros tribunales proscriban cualquier trato diferente a los trabajadores temporales, sino que constatada dicha diferencia se exige, para determinar su legalidad, la concurrencia no solo de causas objetivas sino también de proporcionalidad en la diferencia de trato. Así, se ha considerado procedente la exclusión convencional del cobro del complemento por antigüedad por los contratados temporales, o limitar los ascensos a determinadas categorías tan solo a los trabajadores fijos, etc. A pesar de todo, un reconocimiento expreso y particular del principio de no discriminación en las condiciones de los trabajadores sujetos a contratos de duración determinada, tendría la virtualidad de orientar a la negociación colectiva permitiendo extraer criterios sobre la razonabilidad y la proporcionalidad de la diferencia de trato en las más variadas condiciones de empleo, la aplicación del principio *pro rata temporis*, y la incidencia de los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo.

No obstante, como ya ha sido destacado<sup>61</sup>, un aspecto sobre el que podría tener una particular proyección el principio de no discriminación de los trabajadores de duración determinada es el de la protección social complementaria. A pesar de que la específica regulación de los Planes y Fondos de Pensiones recoge entre sus principios rectores el de no discriminación<sup>62</sup>, su configuración y, sobre todo, la concreta interpretación realizada por los Tribunales<sup>63</sup> en relación con la exigencia de un tiempo mínimo de vinculación a la empresa y sus efectos sobre el acceso de trabajadores temporales a la condición de partícipe en un Plan ha sido objeto de importantes críticas<sup>64</sup>. Así, si bien es cierto que por su propia naturaleza estas instituciones de previsión, están caracterizadas por la permanencia o la prolongación en el tiempo de la relación laboral, la diferencia de trato exclusivamente derivada de la diferencia del vínculo constituye una discriminación salvo que concurren causas objetivas y suficientes que justifiquen dicho trato desigual. Además, en lo que se refiere a esta concreta materia la regulación nacional habrá de tener en cuenta la exigencia contenida en la Directiva 1999/70/CE, de que la aplicación de los criterios de antigüedad sean los mismos para trabajadores de duración determinada y trabajadores fijos,

<sup>61</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: El principio de autonomía en la organización del sistema europeo de negociación colectiva... *op. cit.*, pág.8.

<sup>62</sup> Art. 5.1.a. Ley 8/1987, de Planes y Fondos de pensiones y 5 del RD 1307/1988, Reglamento de Planes y Fondos de pensiones.

<sup>63</sup> SSTS 26-1-1993 (Ar. 270) y 15-7-1998 (Ar. 6525).

<sup>64</sup> En particular, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Planes y Fondos de Pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico. Relaciones Laborales 1992, págs. 490 y ss. Y Segalés Fidalgo, J.: El contenido de no-discriminación en la regulación sobre Planes y Fondos de pensiones. Revista de Trabajo y Seguridad Social, 1994, n° 13, págs. 90 y ss.

salvo que existan razones objetivas que justifiquen criterios distintos, aspecto que en última instancia corresponde definir a la legislación nacional.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la regulación comunitaria sobre la **información y las oportunidades de empleo** de los trabajadores sujetos a contratos de duración determinada la legislación nacional habrá de incorporar y desarrollar los mandatos de la Directiva ya que hasta el momento –salvo su eventual regulación en convenio colectivo– nuestra legislación no contempla la genérica obligación de información acerca de los puestos vacantes en la empresa o en el centro de trabajo. Conviene recordar a este respecto que la obligación establecida en la Directiva 1999/70/CE, que no queda condicionada a la voluntad empresarial, no se agota con cualquier tipo de información, sino que formal y materialmente ha de ser suficiente para *garantizar que tengan las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores*. En todo caso, tal y como establece la regulación comunitaria, cabe la posibilidad de que este derecho de información se pueda enriquecer o modular no solo ampliando las obligaciones empresariales previstas en la Directiva sino también remitiendo su desarrollo a la propia negociación colectiva. En este sentido, siguiendo el ejemplo de la regulación nacional del Contrato a Tiempo parcial, sería posible remitir a la negociación colectiva la regulación de los supuestos y las circunstancias para la conversión de contratos de duración determinada en indefinidos, apostando más intensamente en el sentido de los intentos ya realizados –aun fallidos– con ocasión de la regulación de la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos de fomento del empleo<sup>65</sup>.

Junto a la obligación de información, la Directiva 1999/70/CE contempla la obligación, esta sí limitada a las posibilidades de la empresa, de facilitar el acceso de los trabajadores a las oportunidades de formación. Este mandato, a pesar de lo matizado de sus términos, obliga con toda seguridad a una regulación expresa en nuestro ordenamiento, que en términos similares a la regulación contenida en el art. 12 4.f ET (en la redacción introducida por el Real Decreto-ley 15/1998), podría remitir su concreción a la negociación colectiva. Sin embargo, la conexión entre el principio de no discriminación y el acceso a la formación profesional de los trabajadores sujetos a contratos de duración determinada exigiría algunas otras medidas legislativas relativas a la propia regulación del acceso general a las distintas actuaciones de Formación Continua en la empresa. En este sentido sería conveniente reconsiderar algunos aspectos de su regulación para garantizar o favorecer la efectiva participación en las acciones formativas en la empresa, como por ejemplo la exigencia de periodos de permanencia en la empresa y en el sector como requisito para

<sup>65</sup> El Real Decreto-ley 8/1997 y posteriormente la Ley 63/1997, preveía la posibilidad de conversión de contratos temporales en contratos para el fomento de la contratación indefinida aunque limitada hasta un plazo, a partir del cual “la conversión de estos contratos ...se articulará a través de la negociación colectiva” (Disposición Adicional primera.2.b. Ley 63/1997).

acceder a los permisos individuales de formación. Tales requisitos, aunque justificables en algunos casos, suponen en términos generales la exclusión casi segura de la mayoría de los contratados por una duración determinada, que son en última instancia un segmento para cuya promoción profesional la formación resulta particularmente imprescindible. A este respecto, sin perjuicio de las posibles modificaciones legales, la negociación colectiva puede resultar un instrumento idóneo para promover la integración de los trabajadores temporales en los planes formativos de las empresas.

Finalmente, uno de los aspectos de la Directiva que mayor relevancia puede presentar para nuestro ordenamiento es el relativo al control de los abusos en la sucesión de contratos de duración determinada. A este respecto, sin embargo, conviene recordar que la Directiva obliga a la introducción de alguna de las concretas medidas que establece, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir el abuso. Un mero repaso de tales medidas podría llevar a la conclusión inicial de que la normativa española ya tiene incorporado alguno de los mecanismos propuestos por la Directiva. Sin embargo, aunque ello fuera así, la necesidad de hacer efectivos los objetivos de la normativa europea –*prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada*– requeriría, sobre todo en nuestro país, de una más intensa actividad legislativa. Mas aún ante la constatación de que, a pesar de contar nuestro ordenamiento con reglas jurídicas más o menos claras al respecto, los encadenamientos contractuales ilícitos y, por tanto, la rotación laboral, se han incrementado espectacularmente en los últimos años<sup>66</sup>, lo que además de constituir una mera circunstancia fáctica, indica la presencia de otros defectos o carencias de carácter jurídico.

La principal regla que, en aplicación de la legislación vigente, ha regido la práctica de los Tribunales ha sido la de permitir la sucesión de contratos de duración determinada siempre que cada uno de los que se celebre cumpla los requisitos materiales y formales exigidos por la ley<sup>67</sup>, lo cual supone remitir la licitud o ilicitud de los encadenamientos al análisis de la licitud o no de la propia contratación. Esto es, existiendo causa justificativa y cumpliéndose los requisitos formales en cada contratación nada obsta que estas se sucedan. La regla de la licitud de las sucesiones igualmente ha sido utilizada por los Tribunales aún en supuestos de encadenamientos entre contratos de duración determinada y de otra naturaleza (por ejemplo, el contrato de fomento del empleo), particularmente en relación con la contratación por las Administraciones Públicas<sup>68</sup>. Por el contrario, los Tribunales –aún con algún titubeo– han sostenido que la utilización ilegal de alguno de los sucesivos contratos temporales

<sup>66</sup> VILLA GIL, L.E.: Utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad, en Marín Correa (Coor.) Cuestiones de derecho laboral. Madrid. CGPJ, 1997, pág. 135 y ss.

<sup>67</sup> MERCADER UGUINA, J.: La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo..., *op. cit.*, pág. 127.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

convierte en ilegal toda la cadena de contratos deviniendo la relación laboral indefinida.

En este contexto, el problema jurídico —además de las circunstancias fácticas que estimulen la proliferación de encadenamientos— se plantea no tanto en la aplicación del mencionado principio general, sino en su propio mantenimiento a pesar de la sustancial variación de los presupuestos sobre los que se asienta. Dicho de otra forma, basado tradicionalmente el principio de encadenamiento lícito de los contratos en la existencia de causa suficiente y forma adecuada en la contratación, la notable flexibilización y ampliación legal, convencional y jurisprudencial tanto de las causas como de las formalidades para la utilización de los contratos temporales desvirtúa casi totalmente dicho principio y erosiona severamente sus efectos. La recuperación de su virtualidad requeriría, desde luego, una intervención legislativa que, como la propia Directiva apunta, podría inclinarse bien por el fortalecimiento de la exigencia de razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos de duración determinada (Cláusula 5, 1.a, del Acuerdo), o bien (alternativa o complementariamente) por el establecimiento de límites a las renovaciones o a su duración total (Cláusula 5, 1. b y c del Acuerdo). Tal regulación debería en todo caso concretar, tal y como indica la propia Directiva (Cláusula 5, 2 del Acuerdo), en que supuestos y bajo qué circunstancias los encadenamientos se consideraran sucesivos y en cuando se considera que estamos ante una relación laboral indefinida.

En este sentido, a pesar de las limitaciones puestas de manifiesto anteriormente, la incorporación de la Directiva comunitaria a nuestro ordenamiento brinda una magnífica ocasión para abordar modificaciones legislativas dirigidas al fortalecimiento del principio de causalidad en la contratación entre cuyos aspectos podría encontrarse la definición más estricta de los supuestos de contratación lícitos e ilícitos o en fraude de ley, el fortalecimiento de la presunción de indefinición y una regulación más restrictiva de las excepciones a la conversión en indefinido o, en fin, la restricción legal de la utilización de la contratación temporal por las Administraciones Públicas, endureciendo el régimen sancionador y los efectos de sus incumplimientos. Por el contrario una regulación que se refiera exclusivamente al establecimiento de limitaciones temporales a los encadenamientos o la sucesión de contratos temporales o a la penalización económica de su utilización, aunque pueda servir para paliar en alguna medida situaciones de precariedad o rotación especialmente llamativas no parece suficiente para salvar las distancias que en materia de contratación temporal mantiene nuestro país respecto del conjunto de países de la Unión Europea.

2.

---

**TEMAS PARA DEBATE**