

EL CONTRATO TEMPORAL, PARADIGMA DE TRABAJO PRECARIO: UN ANÁLISIS COMPARADO

Laura Torsello

*Professoressa a contratto di Diritto del lavoro.
Università Politecnica delle Marche*

EXTRACTO

La comparación del régimen jurídico del contrato de trabajo de duración determinada en algunos países europeos muestra sobre todo una regulación en absoluto uniforme, a pesar de que las distintas reformas nacionales traen su causa en la misma directiva de la Unión Europea. Por tanto, se podrían cuestionar las decisiones legislativas de algunos Estados motivadas por las exigencias de flexibilización y modernización del trabajo con la finalidad de combatir el desempleo, tanto a la vista de una injustificada diversidad regulativa como por los escasos resultados obtenidos de aumento del empleo en aquellos Estados que han disminuido las garantías del trabajador.

Palabras claves: contrato de duración determinada, comparación, flexibilización y empleo.

Fecha de entrada: 15-10-2015 / Fecha de revisión: 14-12-2015 / Fecha de aceptación: 15-12-2015

THE TEMPORARY CONTRACT, PRECARIOUS WORK PARADIGM: A COMPARATIVE ANALYSIS

Laura Torsello

ABSTRACT

The legislation comparison on the fixed-term contract shows that in certain countries the regulation is not uniform in spite of all the national reforms recall the same European Union directive. Therefore we could have suspicions on the legislative choices of some countries justified by flexibility needs and work modernisation to contrast the unemployment, both for an unnecessary regulation diversification and for the inadequate results achieved to increase the occupation in those states who have reduced the worker protections.

Keywords: fixed-term contract, comparison, flexibility and employment.

Sumario

1. El contrato temporal en la Unión Europea
2. La Directiva 1999/70/CE e intervenciones legislativas posteriores en algunos Estados miembros
3. El régimen jurídico en el ordenamiento italiano
4. La regulación jurídica en Francia
5. Régimen jurídico en España
6. La regulación alemana
7. Conclusiones

1. EL CONTRATO TEMPORAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El contrato temporal es una realidad presente en la mayoría de los ordenamientos europeos. Las características del contrato temporal, paradigma de lo se ha denominado contrato precario, lo han colocado siempre en el centro de un acalorado debate, ya que su régimen jurídico trata de buscar un equilibrio entre la necesidad de flexibilidad y la (supuesta) modernización de la mano de obra, por una parte, y la necesidad de protección de los trabajadores, por otra; en particular, en los últimos veinte años, en los principales Estados miembros de la Unión Europea, este tipo de contrato ha sido objeto de numerosas intervenciones normativas, algunas de las cuales –aunque no todas– por iniciativa de la propia Unión Europea.

Estas regulaciones –tanto las de recepción directa de la directiva de la UE como las otras– reflejan diferentes puntos de vista acerca de la concepción del trabajo, las situaciones productivas y organizativas de la empresa y, en la actualidad, también consideraciones diferentes sobre cómo hacer frente a la grave crisis económica y de empleo, que afecta a muchos Estados de la Unión Europea.

2. LA DIRECTIVA 1999/70/CE E INTERVENCIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

La **Directiva 1999/70/CE** vino a asumir sin modificaciones el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, firmado el 18 de marzo de 1999 por la UNICE (Unión de Confederaciones de Industria Europea), el CEEP (Centro Europeo de Empresas con Participación Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos)¹.

La Directiva se limitó a remitirse al texto del acuerdo, al que, por lo tanto, es necesario hacer referencia para identificar las principales líneas de la intervención comunitaria, cuya función es fijar «los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada» (Preámbulo, párrafo tercero), reservando la definición y la aplicación detallada de la normativa a los Estados miembros y/o a los interlocutores sociales nacionales².

¹ NUNIN, R.: «L'Accordo quadro del 18 marzo 1999 e la direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato», en L. Menghini (dir.), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsa, 2002, pág. 46.

² Para un análisis detallado de la estructura de la **Directiva 1999/70/CE**, cfr. A. BELLAVISTA, «La direttiva sul lavoro a tempo determinato», en A. Garilli y M. Napoli (dirs.), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, pág. 1 y sigs.

Un primer aspecto de interés fundamental es la previsión, que figura en el Preámbulo, relativa a que «los contratos de duración indefinida son y seguirán siendo la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores».

De esta forma se afirmó el principio, reiterado también en otras partes de la Directiva, de la especialidad y excepcionalidad del contrato de duración determinada frente al indefinido, que sigue siendo «la forma común de las relaciones de trabajo»; desde esta perspectiva, el contrato temporal responde «a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores», y se debe prescribir un uso «aceptable» para ambas partes (v. todavía en el Preámbulo, párrafos II y III).

Los objetivos perseguidos por el Acuerdo Marco recogido en la Directiva se incluyen en la cláusula 1, y consisten en: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el principio de no discriminación; b) establecer un marco normativo para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales por tiempo determinado.

En cuanto al primer objetivo, la cláusula 4, denominada, precisamente, «principio de no discriminación», hace referencia a que «en relación a las condiciones de empleo, los trabajadores temporales no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores indefinidos comparables por el mero hecho de tener un contrato o relación de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique por razones objetivas»³.

En otras palabras, la regulación contenida en esta cláusula, expresión de la filosofía del acuerdo, pretende evitar que la respuesta a las exigencias de flexibilidad derivadas de los cambios coyunturales de la demanda y la oferta de mano de obra y de la necesidad de crear más oportunidades de empleo se traduzca en la exclusión, para determinados grupos de trabajadores desfavorecidos, de una serie de tutelas y beneficios normalmente concedidos a los trabajadores con contrato estable y a tiempo completo⁴.

El segundo de los objetivos perseguidos por el acuerdo, sin embargo, viene asegurado a través de las previsiones contenidas en la cláusula 5, titulada «Medidas para prevenir el abuso», que

³ Con referencia a la cláusula. 4, punto 1, observamos la Sentencia de 15 de abril de 2008 - Impacto (Asunto C-268/06, Rec en P. I-2.483), que especifica la aplicación de la Directiva en las relaciones horizontales. La sentencia, después de afirmar que en los casos en los que aparecen disposiciones de una directiva, incondicionales y suficientemente precisas, pueden ser invocadas por los particulares contra el Estado, incluso como empleador, realiza una distinción en relación con la [Directiva 1999/70/CE](#), teniendo en cuenta que la cláusula 4 punto 1 del acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para ser invocada por un particular ante un tribunal nacional, mientras que no ocurre con la cláusula. 5, párrafo 1, del Acuerdo Marco, que pone a los Estados miembros un objetivo general en la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, mientras que les deja libertad a la hora de elegir la forma de lograrlo (v. 57 puntos -58, 60, 68, 70, 73, 79 a 80 y el punto 2).

⁴ El principio de igualdad de trato y la correlativa prohibición de discriminación desempeña un papel fundamental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reconoce a la norma carácter general «de derecho social comunitario de especial importancia, de la que debe disfrutar todo trabajador en cuanto prescripción mínima de tutela». *Cfr.* STJE de 13 de septiembre 2007, asunto C-397/05, Del Cerro Alonso, *Foro It.*, 2007, 12, 4, pág. 617. Sobre el tema, en general, se puede leer el trabajo de ALESSI, C.: «Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia», en *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. INT – 93/2012.

obliga a los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o a los propios interlocutores sociales, a introducir, en ausencia de normas equivalentes, «una o más medidas relativas»: a) a las razones o causas objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) a la duración máxima total de los contratos o relaciones de duración determinada sucesivos; c) al número de renovaciones de tales contratos o relaciones.

En segundo lugar, se pide a los Estados miembros que determinen, en su caso, en qué condiciones los contratos de trabajo se considerarán «sucesivos» o por tiempo indefinido.

Además se prevén algunas garantía «menores» en el plano individual y colectivo (cláusulas 6 y 7), todas ellas de alguna manera manifestación del principio de no discriminación.

La cláusula 6, relativa a las «oportunidades de empleo», obliga a los empleadores a informar a los trabajadores temporales de las «vacantes que estén disponibles dentro de la misma empresa o centro de trabajo, con el fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceso a puestos permanentes que los demás trabajadores».

Por su parte, la cláusula 7 establece el cómputo de los trabajadores temporales con el fin de determinar el umbral numérico a partir del cual pueden constituirse, a nivel de empresa, los órganos de representación sindical previstos por la legislación nacional y europea, de acuerdo con la normativa nacional. En este caso, el acuerdo pide también a los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o a los interlocutores sociales, que definan las disposiciones de aplicación de la presente cláusula conforme a la legislación, la negociación y las prácticas nacionales, de conformidad con el principio general de no discriminación contenido en la cláusula 4.

La cláusula 8, por último, contiene disposiciones con contenido diverso.

En primer lugar, se reafirma el papel de mínimo común que asume el Acuerdo Marco, estando legitimados los Estados miembros y/o los interlocutores sociales para mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores, el llamado principio de «*favor*» (cl. 8.1).

Para integrar esta regla, se prohíbe, en fase de trasposición, reducir el «nivel general de protección otorgado a los trabajadores en el ámbito cubierto por el acuerdo»⁵, denominada «*cláusula de no regresión*» (cl. 8.3)⁶.

⁵ Con su Pronunciamiento de 22 de noviembre 2005, asunto C-144/04 Mangold, el Tribunal ha proporcionado aclaraciones sobre el alcance de la cláusula en el sentido de que no se refiere solo a la trasposición original de la [Directiva 1999/70/CE](#) y, en particular, de su anexo que contiene el Acuerdo Marco, sino que abarca todas las medidas nacionales destinadas a garantizar que el objetivo perseguido se podría lograr, incluyendo medidas que, después de la trasposición en el sentido estricto, sean incluidas en las normas nacionales adoptadas con anterioridad. Por otro lado, dado que una *reformatio in peius* no viene prohibida por el Acuerdo Marco si no está de ninguna manera conectada a su aplicación, tal exclusión resulta admisible si viene justificada no por la necesidad de aplicar el Acuerdo Marco sino por la de incentivar el empleo.

⁶ «Por cláusulas de no regresión, aparecidas en las directivas sociales desde los finales de los 80 con diferentes formulaciones, entendemos aquellas que determinan, por lo general, que la aplicación de la directiva específica no debe ser la justificación, motivo o razón (estos son los diversos términos utilizados cada vez por el legislador comuni-

Corresponde al Tribunal de Justicia proporcionar indicaciones útiles para concretar si una posible reducción en la protección de los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada constituye una regresión de conformidad con la cláusula 8.3 del Acuerdo Marco, a través del examen de las modificaciones introducidas por la legislación nacional destinadas a trasponer la [Directiva 1999/70/CE](#) y el Acuerdo, comprobando si son necesarias para la «aplicación» del Acuerdo Marco y si se ajustan al «nivel general de protección» de los trabajadores, en el sentido de la cláusula 8.3⁷.

De las disposiciones de la Unión Europea, algunos autores⁸ han destacado la capacidad de imponer la obligación a los Estados miembros de fijar umbrales mínimos, si bien elásticos, de protección; otros, sin embargo –entre los que se incluyen las propias instituciones europeas y, en particular, el Parlamento, en el *Informe sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES* (30 de abril, 1999)–⁹ han señalado la debilidad excesiva de la garantía de un paquete mínimo de protección para los trabajadores.

De hecho, la necesidad de conciliar la disciplina contenida en los distintos ordenamientos nacionales ha llevado a una regulación general, en algunos aspectos de «compromiso», y en otros demasiado «frágil» en relación con las legislaciones de los países de la Europa continental, que han recibido la inspiración garantista y antifraudulenta, pero sin adoptar disposiciones plenamente coherentes con este objetivo. Por el contrario, ha resultado particularmente «rígida» para las legislaciones de países como el Reino Unido e Irlanda, tradicionalmente caracterizados por la ausencia de cualquier regulación de tipo legal sobre las modalidades de utilización de la mano de obra temporal.

tario), para un empeoramiento de las regulaciones de la materia ya existentes en los distintos Estados miembros. Plantean al intérprete un delicado problema de relaciones entre ordenamientos, dado que –de nuevo, en principio, en términos generales, ya que el propio texto de la misma podría ser decisivo para definir el alcance real– son, o al menos parecen ser, susceptibles de conllevar para el propio Estado un vínculo distinto al de la mera trasposición de las normas sustantivas derivadas de la Directiva, y por lo tanto, de simple "adaptación" del ordenamiento interno al comunitario, de conformidad con el art. 249, co. 3 (así como 94 y 95), del Tratado CE». En este sentido, CARABELLI, U. y LECCESE, V.: «Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali», en *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. INT – 35/2005. Así como GAROFALO, L.: «Le clausole di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale», 2004, *Riv. Giur. Lav.*, I, pág. 39 y sigs.; CORAZZA, L.: «Lavoro a termine e clausole di non regresso», *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, págs. 500 y sigs.

⁷ Véase la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, C-378/07, C-380/07, Angelidaki, párrafo 130; Sentencia de 24 de junio de 2010, C-98/09, Sorge, párrafos 29 y 37.

⁸ BERCUSSON, B.-BRUUN, N.: *The agreement on fixed-term work*, en C. Vigneau, K. Ahlberg, B. Bercusson y N. Bruun, *Fixed-term work in the EU*, National Institute for Working Life and the Swedish Trade Unions in Cooperation, Stockholm, 1999, pág. 51 y sigs.

⁹ En IJCLLIR, 1999, pág. 197 y sigs.

El primer aspecto sobre el que resulta oportuno reflexionar, por lo tanto, reside en el hecho de que la [Directiva 1999/70/CE](#) se ha traspuesto de manera diferente por los Estados miembros, dando como resultado una multiplicidad de modelos de regulación del contrato de trabajo temporal.

Las principales diferencias, en relación con los mencionados modelos, que se analizarán a continuación, guardan relación con los motivos o las causas para recurrir al contrato temporal; a la duración máxima del contrato; a las renovaciones; a la extinción del contrato y a algunos aspectos específicos del mismo.

En los principales países europeos, la evolución de la disciplina del contrato de duración determinada se ha debido a las intervenciones normativas de recepción de la [Directiva 1999/70/CE](#), a las que con el tiempo han sucedido otras, consecuencia de modificaciones de diversa naturaleza e intensidad, caracterizadas, a veces, por un ritmo casi convulso. Los problemas sociales y legales derivados del uso generalizado de los contratos de duración determinada están presentes en muchos ordenamientos, si tenemos en cuenta las diversas ocasiones en que el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de someter al propio juicio las diferentes leyes de trasposición de la [Directiva 1999/70/CE](#).

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

El Decreto Legislativo n. 368 de 6 de septiembre de 2001 (trasposición de la [Directiva 1999/70/CE](#))¹⁰ ha sido objeto de numerosas modificaciones, con periodicidad casi anual. Entre las más significativas cabe recordar: la Ley de 24 de diciembre de 2007, n. 247; el Decreto Legislativo de 25 de junio de 2008, n. 112, convertido con modificaciones en la Ley de 6 de agosto de 2008, n. 133; la Ley de 4 de noviembre de 2010, n. 183 (que, aunque no incide directamente en la regulación sustantiva, contiene disposiciones relativas a las modalidades de impugnación de los contratos ilegales)¹¹; la Ley de 28 de junio de 2012, n. 92; el Decreto Legislativo de 28 de junio 2013, n. 76, convertido con modificaciones en la Ley de 9 de agosto de 2013, n. 99; así como, por último, el Decreto Legislativo de 20 de marzo de 2014, n. 34, convertido con modificaciones en la Ley de 16 de mayo de 2014, n. 78 (el *conocido Jobs Act*) y sus decretos de aplicación (en particular, el Decreto Legislativo de 15 de junio de 2015, n. 81).

Esta última medida es el último paso de un amplio recorrido, que se inicia con una concepción inicial restrictiva y excepcional del recurso al trabajo de duración determinada, expresada en la Ley n. 230 de 1962, para llegar a la práctica liberalización que caracteriza la situación actual.

¹⁰ El régimen anterior, contenido en la Ley n. 230 de 1962, se consideró poco respetuoso con las exigencias comunitarias y, en todo caso, inadecuado a las necesidades del mercado.

¹¹ Para más información sobre la disciplina reformada por el denominado «Collegatolavoro», GIUBBONI, S.: «Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010», en *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, 115/2011.

La Ley de 1962 –«hija» de la Segunda Posguerra, una época en que se sintió una fuerte necesidad de consolidar el trabajo estable, de valorar la profesionalidad y el derecho a conservar el puesto de trabajo– preveía la posibilidad de celebrar (y prorrogar) un contrato de duración determinada solo en determinados casos taxativos, expresamente previstos en la ley, en relación con circunstancias excepcionales, tales como: la realización de actividades de temporada; la sustitución de trabajadores con derecho a la reserva de puesto; la ejecución de obras determinadas con una duración limitada en el tiempo.

El contrato debía celebrarse en forma escrita, y contener tanto la indicación del término como la causa para su celebración; podía ser prorrogado una sola vez.

El incumplimiento de tales disposiciones daba como resultado la transformación del contrato temporal en indefinido.

Desde finales de los 70, la normativa ha sido objeto de una serie de modificaciones en el sentido de ampliar los supuestos de recurso al contrato de duración determinada: particularmente importante, desde este punto de vista, es la Ley de 28 de febrero 1987, n. 56, que atribuyó a la negociación colectiva la posibilidad de prever nuevos supuestos adicionales a los ya previstos por la ley.

Esta atenuación progresiva del rigor de la regulación de 1962 ha dado lugar, incluso con el impulso del ordenamiento comunitario ([Directiva n. 70 de 1999](#)), a las nuevas disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo n. 368 de 2001, que derogan la normativa precedente.

Al transponer la Directiva, partiendo del presupuesto (erróneo) de que la Ley de 1962 era, por un lado, incompatible con las exigencias comunitarias y, por otro, poco adecuada para satisfacer las exigencias de una organización del trabajo cada vez más dinámica, el legislador italiano decidió sustituir totalmente dicha regulación por una nueva que, según sus intenciones, habría de establecer un equilibrio eficaz entre la necesidad de flexibilidad empresarial y la protección de los trabajadores, que, de acuerdo a las prescripciones comunitarias, debían tener asegurada la igualdad de trato con los trabajadores *standard*, así como los medios adecuados de reacción frente a los abusos.

Bajo esta nueva regulación, con el planteamiento que ha mantenido –pese a los cambios sucesivos– hasta el año 2012, la firma de un contrato de trabajo por tiempo determinado era legítima en presencia de razones técnicas, productivas, organizativas y de sustitución: ya no, por tanto, una lista exhaustiva, sino una única causa de tipo general, dando lugar a una ampliación de las posibilidades de recurrir al contrato de duración determinada.

En cualquier caso, la indicación del plazo y las causas deben constar por escrito.

El consentimiento del trabajador resulta indispensable para la legitimidad de la prórroga del plazo establecido, para la misma actividad laboral, por una sola vez y para un contrato que no exceda de tres años.

La duración máxima del contrato, incluidas las renovaciones y prórrogas, no podía exceder de 36 meses y la falta de indicación del término, de las causas, o (según la jurisprudencia) la inexistencia de causa, determinaba la nulidad y/o ineficacia del término, con la consecuencia de que el contrato se consideraba indefinido¹².

El régimen descrito ha sido modificado por última vez en 2012 y en 2014, a través de cambios que implican un sustancial empeoramiento de las condiciones de los trabajadores temporales, en ambos casos «justificados» por el legislador en la necesidad de adoptar medidas «excepcionales» y «urgentes», para flexibilizar los contratos y las relaciones laborales, con el fin de lograr un mercado de trabajo capaz de satisfacer las necesidades de las empresas, en la declarada creencia (*rectius*, ilusión, no tan piadosa) de lograr hacer frente a la crisis actual y «relanzar» el empleo.

En particular, con la Ley n. 92 del 2012, el legislador ha intervenido sobre el propio principio de causalidad del contrato temporal, admitiendo por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial el recurso a este tipo de contrato sin especificar las causas justificativas, aunque con el límite del primer contrato, y con referencia a un periodo máximo de 12 meses improrrogables.

Por su parte, tras el Decreto Legislativo de 20 de marzo de 2014, n. 34, convertido en la Ley de 16 de mayo de 2014, n. 78, el legislador ha eliminado incluso este límite, generalizando de hecho la acausalidad, en el sentido de que, hoy en día, en Italia, la firma (o prórroga) del contrato temporal está permitida sin necesidad de especificar las razones o causas justificativas.

Esto esencialmente ha supuesto una liberalización de la contratación temporal¹³.

Otros cambios introducidos por el legislador en 2014, que se incluyen en el Decreto Legislativo n. 368/2001, son los siguientes:

- El contrato temporal debe tener una duración máxima de 36 meses. Es la primera vez que la ley identifica un plazo máximo para el primer contrato. Se mantienen, sin embargo, la obligación de especificar el término por escrito y el periodo máximo de

¹² Igualmente, se producía la transformación en contrato indefinido en el caso de continuación de la relación más allá del plazo inicialmente establecido, o posteriormente prorrogado, o en el supuesto de falta de respeto del plazo previsto en la ley entre un contrato temporal y otro.

¹³ Para más información sobre el análisis detallado de las reformas que se han producido, puede consultarse SPEZIALE, V.: «La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92», en *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. IT – 153/2012, pág. 5; ALESSI, C.: «Le modifiche in tema di lavoro a termine nel decreto lavoro. Alcune osservazioni in tema di acausalità», en *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*. IT – 188/2013, pág. 5; CORAZZA, L.: «Il lavoro a termine nel diritto dell'UE», en R. Del Punta – R. Romei (dirs.), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano: Giuffrè, 2013, pág. 11; VOZA, R.: «Il contratto a tempo determinato», en P. Chieco (dir.), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari: Cacucci, 2013, pág. 75; MAGNANI, M.: «La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche», en *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona* – 212/2014.

36 meses, incluyendo renovaciones y prórrogas, más allá del cual no se puede contratar temporalmente al mismo trabajador para la realización de tareas equivalentes.

- Se permite prorrogar el contrato varias veces (ocho de acuerdo con el texto inicial del DL 34/2014, cinco como resultado de la ley de conversión), en lugar de una sola, como en el pasado.
- El número total de contratos temporales no puede superar el límite del 20 % del número de trabajadores indefinidos permanentes (dejando a salvo las excepciones previstas por el legislador).

No obstante, es posible siempre celebrar contratos temporales en las empresas que ocupan hasta cinco trabajadores. En relación con esta previsión, sin embargo, resulta necesario realizar dos precisiones.

En primer lugar, la sanción prevista para la superación del límite indicado, originariamente no prevista en el texto del decreto, es una sanción administrativa de carácter exclusivamente pecuniario, calculada sobre la retribución correspondiente a los trabajadores temporales contratados en exceso. La ley no prevé, sin embargo, la conversión en indefinidos de los contratos temporales celebrados excediendo el límite legal.

En segundo lugar, se prevé la posibilidad, ya establecida previamente, de que los sindicatos comparativamente más representativos establezcan un umbral máximo de utilización diferente, a través de las denominadas «cláusulas de cuotas» contenidas en los convenios colectivos.

En sustancia, después de la reforma operada por el *Jobs Act*, el legislador italiano ha optado por la «equiparación total» entre contrato temporal e indefinido.

Además, la posibilidad de firmar libremente y prorrogar hasta cinco veces el contrato en un periodo temporal de 36 meses en total, permite una notable precarización de la relación laboral e incide negativamente en el interés del trabajador en la estabilidad en el empleo y en sus posibilidades prácticas de tutelar sus derechos. El trabajador contratado por seis meses, de hecho, podría ver prorrogado su contrato de forma legítima de seis meses en seis meses hasta los tres años, sin ninguna garantía de estabilidad.

Si la intención de la Reforma pasaba por una «liberalización simplificada»¹⁴, en realidad se incrementan las incertidumbres, tanto desde el punto de vista de las empresas como de los trabajadores. Han surgido también dudas sobre la conformidad de la nueva regulación del contrato

¹⁴ Las dudas sobre el efecto «shock» sobre el empleo del decreto en MARIUCCI, L.: «La semplificazione che complica il lavoro», *www.lavoceinfo.info*, 15 de abril de 2014.

temporal con la normativa europea¹⁵. Es más, en Europa, la estrategia de empleo se basa en dos conceptos: la mejora de la calidad del empleo garantizando mejores condiciones de trabajo y la garantía de que la flexibilidad viene acompañada de una mayor seguridad. Directrices totalmente ausentes en la reforma¹⁶.

4. LA REGULACIÓN JURÍDICA EN FRANCIA

La evolución de la regulación sobre el contrato de duración determinada en Francia ha seguido un camino inverso al italiano, pasando de un sistema donde no existían límites (al menos explícitos) ni en relación con los supuestos de celebración ni con la duración, a un sistema rígido, taxativo y bien detallado¹⁷.

Esta «transición» se explica en el contexto de la transposición de la [Directiva 1999/70/CE](#) que, por tanto, el legislador francés ha interpretado de forma restrictiva, en contra de lo que hemos visto hacer al legislador italiano (v. el apartado anterior).

Con la Ley de modernización social n. 73, de 17 de enero de 2002 –es decir, la ley que traspone la [Directiva 1999/70/CE](#)– y otras leyes posteriores [Ley n. 2005-843 de 26 de julio de 2005, de transposición de diversas medidas de derecho comunitario a la Función Pública; Ley n. 2008-596, de 25 de junio de 2008; Ordenanza n. 2007-329, de 12 de marzo de 2007 relativa al Código del Trabajo (parte legislativa); Ley n. 2008-67, de 21 de enero de 2008; Decreto n. 2008-244, de 7 de marzo de 2008], el ordenamiento francés se ha dotado de una regulación compleja y detallada.

Dicha regulación, actualmente contenida en los artículos L. 1.241-1 y siguientes del Código de trabajo, se centra en la idea de que «el contrato de duración indefinida representa la forma normal y general de la relación de trabajo subordinado» (art. L 1.221-2 c. trav).

¹⁵ Sobre esta cuestión, VALLAURI, M. L.: «Sulla conformità della disciplina del contratto a termine alla direttiva europea (prima e dopo il D.L. n. 34/2014 convertito con L. n. 78/2014)», *Riv. It. Dir. Lav.*, 4, 2014, págs. 951 y sigs.; ALES, E.: «La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva», *Riv. It. Dir. del lav.*, 1/2015, págs. 300 y sigs.

¹⁶ Se pone de manifiesto que las dudas de cumplimiento han llevado a la CGIL a presentar una denuncia ante la Comisión Europea; en particular con referencia a los contratos de duración determinada, llegando a especificar que «la causalidad representa un baluarte en contra de su uso indebido», e, incluso, «eliminar la motivación deja espacio para el mal uso que penaliza al sujeto débil, a saber, los empleados».

¹⁷ Esta concepción, de hecho, no es del todo nueva en el derecho francés, que retoma una regulación anterior, después superada por algunas leyes de finales de los 70-principios de los 80. De esta forma, se ha elaborado una lista exhaustiva de los casos de aplicación legítima del contrato de duración determinada. Esta operación, sin embargo, no es del todo nueva, retomando una concepción ya existente en la legislación francesa, pero superado por algunas leyes a comienzos de los años 70 y principios de los 80. *Cfr.* PELISSIER, J.; SUPLOT, A. y JEAMMAND, A.: «Conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée», in *Droit Privé. Droit du travail*, 2008, págs. 421 y sigs.

El recurso al contrato de trabajo de duración determinada (*contrat de travail à durée déterminée*, CDD) solamente resulta legítimo en los supuestos expresa y taxativamente enumerados por la ley, y solo para satisfacer necesidades específicas y temporales; cualquiera que sea la causa que justifica el contrato de duración determinada, este no podrá tener por objeto ni por efecto ocupar de forma permanente un puesto de trabajo conectado a la actividad normal de la empresa (art. L. 1.242-1 c. trav.)¹⁸.

Entre las principales causas justificativas de la utilización de un contrato temporal, se identifican:

- La sustitución de un trabajador ausente o en los casos de suspensión del contrato de trabajo (enfermedad, accidente, permisos parentales, motivos disciplinarios); la sustitución de un trabajador con reducción temporal de la jornada de trabajo, de tiempo completo a tiempo parcial; la extinción de un contrato por tiempo indefinido, en vistas a la definitiva supresión del puesto de trabajo; la cobertura temporal de un puesto de trabajo a la espera de la contratación de un trabajador por tiempo indefinido (art. L. 1.242-2, n 1, c. trav.).
- La necesidad de afrontar un «incremento temporal de la actividad productiva en la empresa».
- Empleos de carácter estacional y aquellos en los que es habitual no recurrir a contratos por tiempo indefinido, en consideración a la actividad desarrollada y al carácter temporal por naturaleza del trabajo (art. L. 1.242-2, n. 3, c. trav.).

Además de los supuestos anteriores, el contrato temporal también se puede celebrar:

- Para promover el incremento de los niveles de empleo, cuando se aplican disposiciones legales destinadas a fomentar la contratación de determinadas categorías de personas desempleadas.
- Para la formación profesional.

Esto se aplica, en particular, a los contratos de trabajo destinados a categorías sensibles, tales como, en particular, los jóvenes que buscan su primer empleo o encaminados a su cualificación profesional, los desempleados perceptores de prestaciones sociales y los desempleados próximos a la jubilación (art. L. 1.242-3 c. trav. - c.d. *contrats aidés*).

El contrato temporal, que debe celebrarse por escrito, debe indicar expresamente la causa y el plazo (o, en otros casos, debe prever una duración mínima) (art. L. 1.242-12).

¹⁸ DAUGAREILH, I.: «L'esperienza francese: tra il miglioramento dello "statut" del lavoratore e il contrasto alla precarizzazione dei lavori», in A. Garilli y M. Napoli (dir.), *op. cit.*, págs. 269 y sigs.

El contrato puede tener una duración máxima de 18 meses (art. L. 1.242-8, párrafo 1), incluida la eventual y única renovación por tiempo determinado (art. L. 1.243-13); en casos excepcionales, sin embargo, puede prolongarse hasta los 24 meses (cuando el contrato se celebre en relación con la salida definitiva de un trabajador antes de la supresión de su puesto de trabajo, o cuando en una empresa surja un encargo o trabajo excepcional para la exportación: art. L. 1.242-8, párrafo 3).

Además, a excepción de algunos supuestos previstos legalmente, a la expiración de un contrato de duración determinada no se puede recurrir, para ocupar el mismo puesto, ni a otro contrato de duración determinada ni a otro contrato temporal, antes de la finalización de un plazo calculado en función de la duración del contrato, incluida su posible renovación (art. L. 1.244-3).

La violación de las disposiciones descritas en materia de forma del contrato, inclusión del plazo, existencia (y subsistencia) de la causa, prórroga y duración, conlleva la transformación del contrato de duración determinada en otro indefinido, a lo que se une la aplicación de sanciones penales (en particular, la multa).

Las mismas consecuencias (transformación en indefinido; aplicación de sanciones penales) acarrea la prolongación de la relación laboral más allá del plazo establecido (art. L. 1.243-11).

Por último, particular interés reviste la disposición que establece que si, tras la expiración del contrato de duración determinada, no se establece una relación indefinida, el trabajador –con algunas excepciones– tiene derecho a la denominada indemnización por finalización del contrato (*indemnité de fin de contrat*), calculada en proporción a la retribución bruta total recibida durante toda la ejecución del contrato (arts. L. 1.243-8 y sigs.).

Esta indemnización, encaminada a desincentivar los contratos por tiempo determinado donde no exista una necesidad real, debe ser abonada al trabajador tanto en caso de cese definitivo de la relación como en el supuesto de que se firme un nuevo contrato de duración determinada con la empresa.

Como resultado del examen de la legislación francesa relativa al contrato de duración determinada, se puede concluir que resulta análoga, en su regulación y aplicación, a la italiana de 1962.

A diferencia del legislador italiano –que, como hemos visto, ha evolucionado en dirección opuesta– el francés ha considerado que el espíritu de la [Directiva 1999/70/CE](#), y, con carácter general, el uso correcto del tipo de contrato del que venimos hablando, han de garantizarse con un conjunto detallado de reglas, que tienden a reconducir el contrato a tiempo determinado a ciertos ámbitos y límites, bien controlables, y cuya violación viene severamente castigada.

De acuerdo con su esencia y función, el contrato de duración determinada se considera legítimo solo ante la presencia de necesidades empresariales de carácter temporal o, a lo sumo, para satisfacer necesidades formativas o de empleabilidad, con el fin de favorecer la transición de un tipo de contrato flexible a uno estable (contrato indefinido).

5. RÉGIMEN JURÍDICO EN ESPAÑA

La Reforma Laboral Rajoy¹⁹, continuando con las decisiones tomadas por el Gobierno precedente, ha afectado a todos los pilares principales del Derecho del Trabajo y del sistema de relaciones industriales pero sin resolver los problemas principales.

Entre las leyes aprobadas, conviene recordar la [Ley 11/2013, de 26 de julio](#), publicada en el BOE n. 179, de 27 de julio, que contiene medidas de apoyo al emprendimiento, de estímulo al crecimiento económico y de creación de empleo. El objetivo de la reforma es poner en marcha un complejo de medidas encaminadas sobre todo a reducir el desempleo juvenil, a mejorar la calidad y la estabilidad del empleo, a promover la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, y a favorecer las iniciativas empresariales mediante la introducción de un régimen fiscal más favorable para el ejercicio de nuevas actividades, en línea con las recomendaciones formuladas en la materia por la Comisión Europea y con lo establecido en el Plan Nacional de Reformas aprobado por el Gobierno español.

Debe señalarse que la leve y momentánea disminución del desempleo se ha obtenido a través de una menor protección del trabajo, salarios más bajos, cada vez menos derechos y mayor emigración al extranjero. Dejar siquiera constancia, aunque no vayamos a abordar esta temática en detalle, algo que excedería los objetivos del trabajo, de que estas normas han traído consigo una importante flexibilización y precarización de las relaciones laborales, en especial de la mano de la creación de dos nuevos tipos de contratos, caracterizados en la práctica por la temporalidad. De un lado, el contrato temporal para primer empleo joven introducido por el artículo 12 de la [Ley 11/2013](#), máximo exponente de la contratación temporal sin causa, en la medida en que la causa viene reconducida a la adquisición de una primera experiencia laboral para jóvenes. El legislador recurre de nuevo a la conocida fórmula de la contratación temporal acausal para la creación de empleo, cuyos nefastos resultados son bien conocidos, si bien renovada, caracterizada como contrato eventual y revestida de una causa ficticia. Por su parte, el contrato estrella de la reforma laboral, regulado en el artículo 4 de la [Ley 3/2012](#), el denominado contrato de apoyo a los emprendedores, caracterizado como un contrato de duración indefinida es, en puridad, un contrato que puede operar como temporal, en la medida en que la sujeción a un periodo de prueba de un año da plena libertad al empresario para extinguir el contrato sin sujeción a causa, indemnización o preaviso, durante el primer año de vida del contrato.

Con referencia específica al contrato temporal, en España, la transposición de la Directiva se llevó a cabo a través de la adaptación de las disposiciones existentes en la materia, contenidas

¹⁹ De todas las reformas habidas, a excepción de la de 1994, la Reforma operada con la Ley 3/2012 es la más trascendente, porque ha supuesto un cambio profundo del sistema normativo. *Cfr.* SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El derecho del trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, pág. 39 y sigs.

en el Estatuto de los Trabajadores (ET); regulación que, por otra parte, en general respetaba los estándares de tutela comunitarios, incluso más favorable para los trabajadores²⁰.

En concreto, la trasposición de la [Directiva 1999/70/CE](#) tuvo lugar con el [Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo](#), transformado en [Ley 12/2001, de 9 de julio](#), dictados en el marco de la reforma del mercado de trabajo español. Previamente, tras los acuerdos tripartitos de 1997, incorporados en la [Ley 63/1997, de 26 de diciembre](#) y el Acuerdo de 13 de noviembre de 1998, incluido en el [Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre](#), la materia recibió también la atención del legislador.

A las modificaciones del 2001, sin embargo, han seguido otras, las principales contenidas en el [Real Decreto 5/2006, de 9 de junio](#) y, más recientemente, la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#)²¹.

Esta intervención legislativa, y la siguiente contenida en el [Real Decreto-Ley 3/2012](#), convertido en la [Ley 3/2012](#) (esta última, de hecho, no estrictamente sobre el contrato de duración determinada, sino relativa a las principales instituciones del Derecho del Trabajo español), han sido adoptadas (*rectius*, justificadas) como parte de las medidas legislativas para hacer frente a la crisis económica y de empleo, con el objetivo declarado de conseguir un mercado laboral más flexible y de lucha contra el desempleo.

Hoy en día, el ordenamiento español prevé que «el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada» (art. 15.1 [ET](#)). No aparece evidente, por lo tanto, una «preferencia» hacia un contrato indefinido frente al de duración determinada.

Y ello a pesar de que la utilización del término no es «libre», sino vinculada a la presencia de tres causas, razones, a las que, de hecho, corresponden tres tipos de contrato:

- Contrato para obra o servicio determinado [art. 15, párrafo 1 a) [ET](#)], que puede celebrarse «cuando se contrate a un trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la activi-

²⁰ Una reconstrucción detallada de la legislación española sobre el contrato de duración determinada es ofrecida por FERRANTE, V.: «L'esperienza spagnola: un difficile equilibrio tra precarietà e formazione dell'impiego», en A. Garilli y M. Napoli (dirs.), *op. cit.*, págs. 285 y sigs.; una crítica a la utilización del contrato temporal en España es ofrecida por SAGARDY BENGOCHEA, J. A.: *El derecho del trabajo a mis 80 años, op. cit.*, págs. 48 y sigs.

²¹ Cfr. ALFONSO MELLADO, C. L.: «Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales», en *Temas Laborales*, 107, 2010; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La riforma del Diritto del Lavoro in Spagna. Osservazioni sul Real Decreto-Ley 10/2010, 16 giugno», que contiene medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en *Arg. dir. lav.*, 6, 2010; GÁRATE CASTRO, F. J.: «La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo», *Actualidad Laboral*, 1, 2011; MORENO MÁRQUEZ, A. M.: «Los contratos formativos», *Temas Laborales*, 107, 2010; OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2010; MONTOYA MEDINA, D.: «La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010», *Aranzadi Social*, I, 2011.

dad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta». En relación con este supuesto, corresponde a la autonomía colectiva identificar las actividades para las que resulta posible celebrar el contrato, o bien los trabajos o tareas dotados de propia autonomía dentro de la actividad normal de la empresa: «Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza».

- Contrato eventual por circunstancias de la producción [art. 15, párrafo 1 b) ET]. Su celebración viene prevista para atender exigencias del mercado, acumulación de tareas a realizar en un tiempo limitado o un exceso de la demanda, incluso si el trabajo requerido entra dentro de la actividad normal de la empresa. En este caso, el legislador llama también a la negociación colectiva: «Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa».
- Contrato de interinidad [art. 15, párrafo 1 c) ET], que puede utilizarse en el supuesto de sustitución de trabajadores ausentes con derecho a reserva del puesto de trabajo. Este supuesto se subdivide, a su vez, en dos casos distintos, el primero representado por la necesidad de cubrir la ausencia temporal de un trabajador con derecho a reserva de puesto (*interino por sustitución*), el segundo, en cambio, consiste en la necesidad de cobertura de una vacante durante un proceso de selección o promoción para cubrir un puesto de trabajo vacante (*interino por vacante*).

También la legislación española prevé la exigencia de forma escrita, con una expresa mención tanto del plazo como de la causa [independientemente de la duración en el contrato para obra o servicio determinado en los otros casos, siempre que el contrato tenga una duración de más de cuatro semanas (art. 8.2 ET)].

En cuanto a la duración y las posibles prórrogas las reglas varían en función de la causa que justifique la contratación temporal.

Si la causa del contrato son las circunstancias del mercado (*contrato eventual*), la duración es de hasta 6 meses dentro de un periodo de 12, a partir del momento en que se produzcan las causas, a menos que se disponga otra cosa en la negociación colectiva, que puede ampliar este plazo hasta un máximo de 1 año dentro de un periodo de referencia de 18 meses; los contratos de duración inferior a la legal podrán prorrogarse, por una sola vez, pero sin exceder el máximo indicado anteriormente.

En el caso del contrato para la realización de una obra o servicio determinados, la duración máxima es de 3 años, ampliable hasta 12 meses por negociación colectiva.

Por último, en el caso de un contrato de interinidad (por vacante), la duración no podrá exceder de 3 meses, sujeto a ciertas excepciones.

Por otro lado, la ley establece un límite máximo de 24 meses de actividad, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos de duración determinada, dentro de un periodo de referencia de 30 meses (art. 15.5 ET). De tal previsión se deduce, en una interpretación en sentido contrario, la posibilidad de renovación de los contratos temporales, siempre dentro de los límites indicados.

A tener en cuenta, por último, que el artículo 15 del ET establece algunas disposiciones aplicables a los tres tipos de contrato, entre los que destacan, en particular, la previsión de determinadas circunstancias cuya concurrencia determina la transformación del contrato temporal en indefinido.

Estas circunstancias son: la ausencia de forma escrita, cuando sea obligatoria; la celebración de contratos en fraude de ley; la falta de afiliación a la Seguridad Social; la prolongación de la prestación más allá de la duración máxima.

El Estatuto vuelve a reenviar –una vez más– a la negociación colectiva la fijación de normas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada, por ejemplo, mediante la contratación de diferentes trabajadores, de forma sucesiva, para cubrir el mismo puesto de trabajo.

Por lo tanto, en el sistema español se establece una «equiparación sustancial» entre el contrato temporal y el indefinido, aunque el legislador establece algunas disposiciones destinadas a prevenir los abusos, remitiendo esta tarea, en lo demás, a la negociación colectiva. La legislación española, por lo tanto, se caracteriza por la previsión por parte del legislador de un conjunto de reglas básicas, encaminadas a garantizar una protección mínima a favor de los trabajadores temporales: entre ellas, en particular, las relativas a la identificación de algunos macro-supuestos de utilización del contrato de duración determinada; las referentes a los requisitos formales del contrato y su duración máxima; y, por último, la previsión, en caso de incumplimiento, de la sanción de «transformación» en tiempo indefinido.

Por otra parte, tal sistema no es ni rígido ni detallado como el francés; por el contrario, se limita a establecer una regulación de carácter general, que se remite en diversos aspectos a la negociación colectiva, a la que, por lo tanto, se encomienda en última instancia la tarea de modular la institución a fin de equilibrar las exigencias contrapuestas de las empresas y los trabajadores, con todos los riesgos que ello puede conllevar en especial en tiempos de crisis, cuando el «margen de maniobra» y el poder de negociación de los sindicatos y de los trabajadores tiende a disminuir.

Lo que es seguro es que, de acuerdo con estadísticas más o menos recientes²², tras casi dos años desde la última reforma laboral aprobada en España, el número de parados registrados en

²² Fondazione delle Casse di Risparmio: Funcas.

las oficinas de empleo, que a finales de enero de 2012, un mes antes de la puesta en marcha de la reforma, era de 4.599.829 personas, dos años más tarde es de 4.814.435, con un incremento de 241.606 desempleados, lo que representa un + 4,6% en enero pasado.

En el mismo periodo, el número de afiliados a la Seguridad Social se redujo en 769.627 personas, hasta un total de 16.176.610 trabajadores, lo que representa una disminución de 4,5% a finales de enero de 2014.

El balance final es negativo, incluso teniendo en cuenta los datos de la encuesta trimestral de población activa (EPA) realizada por el Instituto Nacional de Estadística (INE): el número de 5.273.600 desempleados, producida antes de la entrada en vigor de la reforma en el cuarto trimestre en 2011, se elevó a 5.896.300 en el mismo trimestre de 2013, equivalente a 622.700 personas más (+ 11,8%) en 2 años.

6. LA REGULACIÓN ALEMANA

El ordenamiento alemán prevé un sistema de doble vía, proporcionando la posibilidad en algunos casos de contratar temporalmente sin causa objetiva, pero dejando en manos de la negociación colectiva la tarea de introducir reequilibrios adecuados, a fin de evitar los abusos y el uso reiterado (y no justificado) de este tipo de contrato.

Esto último, sin embargo, no parece que haya tenido lugar, puesto que, según algunos datos estadísticos del Instituto del mercado laboral y de investigación profesional (Iab), el porcentaje de utilización de contratos de duración determinada en el caso de nuevas contrataciones se ha incrementado del 32% registrado en 2001 al 47% del primer semestre de 2009, para alcanzar, en 2010, el porcentaje de casi el 50%, un récord absoluto.

Por lo tanto, la regulación que comentamos no parece haber tenido otros efectos que fomentar la utilización de contratos flexibles de forma masiva –y con un aumento rapidísimo–.

En particular, en Alemania, la regulación relativa a los contratos de duración determinada está contenida en la Ley de 21 de diciembre de 2000 sobre el trabajo a tiempo parcial y los contratos de trabajo de duración determinada (*Gesetz über Teilzeitarbeit befristete Arbeitsverträge und und zur Änderung Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen - TzBfG*), adoptada para la trasposición de las Directivas 81/97/CE y 70/99/CE²³.

²³ ANNUB, G. y THÜSING, G. (Hrg.): *Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2002; ASCHEID, R.: *Großkommentar zum Kündigungsrecht. Das neue Befristungsrecht*, (Nachtrag), München: Beck, 2002; DE LUCA, M.: «Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea», *Foro it.*, 2002, V, 105; «La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata», en M. Biagi, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, pág. 74.

Esta disposición –que con pequeños cambios a lo largo de estos años ha conservado su diseño original hasta hoy– prevé dos tipos de contratos de duración determinada, que se diferencian en función al criterio de determinación de su plazo de duración:

- Uno donde la duración se determina en relación con una fecha del calendario (*kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag*)²⁴.
- Otro donde la duración se desprende del tipo, el objeto o la naturaleza de la prestación laboral (el llamado *zweckbefristeter Arbeitsvertrag*). Acerca de la legitimidad de la fijación del plazo, solo en algunos casos está sujeta a la existencia de una razón o causa objetiva, identificada en la ley a través de una lista (ejemplificativa²⁵ y no taxativa: por ejemplo, cuando la necesidad empresarial de mano de obra tiene carácter transitorio; cuando el contrato se establece después de un periodo formativo o curso de estudio para facilitar el acceso posterior al empleo; cuando se contrata al trabajador para sustituir a otro trabajador; cuando el término está justificado por las peculiaridades de la prestación laboral; cuando se incluye con propósito de prueba; cuando venga justificado en motivos que dependen de la persona del trabajador; cuando el trabajador venga retribuido a cargo del presupuesto público destinado por el propio presupuesto a un empleo de duración determinada siempre que el trabajador sea contratado en modo adecuado; cuando el término se fundamenta en una conciliación judicial. V. art. 14 TzBfG).

En otros casos, sin embargo, y en particular en los llamados contratos de duración determinada «simplificados», no es obligatorio indicar el motivo.

Tal «ausencia» resulta, sin embargo, «equilibrada» por algunas previsiones sobre la duración de este tipo de contrato.

Si, de hecho, como parece, en general los contratos de duración determinada podrían tener una duración equivalente (incluso) a la vida de una persona o, en otro caso, superior a cinco años, en el caso de los contratos estipulados sin causa objetiva, hay un límite máximo de duración de dos años, con un máximo de tres prórrogas, siempre dentro de dicho tope. Esto, sin embargo, no está permitido en el caso de que anteriormente haya existido una relación laboral previa de duración determinada o indefinida con el mismo empleador.

Bien mirada, la prohibición establecida por la norma, sin indicación de un determinado plazo temporal, limita la posibilidad de celebrar contratos temporales sin causa objetiva a las

²⁴ KLEINSORGE, G.: «Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge - Ein Überblick über die Neuregelung», *MDR*, 2001, pág. 184.

²⁵ PREIS, U. y GOTTHARDT, M.: «Neuregelung der Teilzeitarbeit und befristeten Arbeitsverhältnisse», *DB*, 2000, pág. 2.070: «Incluso si no se logra la seguridad jurídica absoluta, una codificación de todas las posibles razones objetivas no es posible o deseable, porque hacerlo sería evitar el futuro desarrollo de nuevas causas objetivas».

primeras contrataciones: por tanto, incluso un brevísimo contrato temporal concertado muchos años antes impide la celebración de un nuevo contrato de duración determinada sin causa objetiva, con el mismo empleador. Ello despliega el efecto de que después de un contrato de duración determinada simplificado solo es posible celebrar contratos de duración determinada justificados en una causa objetiva.

De este modo, el legislador ha intentado reducir drásticamente la posibilidad de celebrar contratos de trabajo en cadena (los denominados *Kettenarbeitsverträge*).

Sin embargo, en relación con las prórrogas y la duración de los contratos temporales debe tenerse en cuenta, además, que la ley atribuye a la negociación colectiva (*Tarifverträge*) la facultad de derogar la regulación general enunciada, así como de adaptar el contrato de duración determinada simplificado, esto es sin causa objetiva, a las peculiaridades de los diferentes sectores económicos (art. 14, párrafos 2 y 3, *TzBfG*).

La regulación colectiva puede, por un lado, ser más favorable para los trabajadores, llegando al límite de prohibir la celebración de contratos temporales sin causa objetiva y, por otro, puede ser aún más perjudicial, aumentando el número de prórrogas permitidas o la duración máxima del contrato.

Es de destacar, también, una modificación posterior a la regulación general, en vigor desde el 1 de enero de 2004, a través de la introducción de un nuevo apartado 2 bis en el artículo 14, que permite a las nuevas empresas en los primeros cuatro años de actividad celebrar contratos de duración determinada, con independencia de la existencia de una causa objetiva, con una duración máxima de cuatro años y sin límite de prórrogas dentro de dicho periodo total. Esta disposición no se aplica en supuestos de refundaciones empresariales conectadas a reestructuraciones «legales» de empresas y grupos de empresas.

La ley contiene, por último, una serie de disposiciones de carácter general que se aplican a todos los tipos de contratos de duración determinada regulados por la misma, tales como el requisito imperativo de la forma escrita (*Schriftform*) para la validez de la cláusula de fijación del término.

El contrato de trabajo de duración determinada finaliza con la llegada del plazo señalado o bien con la consecución del objeto previsto.

Si el contrato se celebra para una duración equivalente a la vida de una persona o por un periodo superior a cinco años, la ley establece que el trabajador puede presentar su dimisión después de cinco años, con un preaviso de seis meses.

En el caso de continuación de la prestación laboral tras la expiración del plazo establecido, o después de la consecución del objeto del contrato, siempre que el empleador esté al corriente, el contrato se considerará prorrogado por tiempo indefinido siempre que el empleador no se oponga inmediatamente o no comunique inmediatamente al trabajador la consecución de los fines (art. 15, párrafo 5, Ley 4).

En lo que respecta a las consecuencias de fijar un término ineficaz, la ley considera el contrato de trabajo como celebrado por tiempo indefinido.

7. CONCLUSIONES

Contrariamente a las expectativas, la [Directiva 1999/70/CE](#) ha originado diferentes modelos de regulación del contrato de trabajo por tiempo determinado en los distintos Estados miembros.

La Directiva no solo no ha contribuido a lograr un estándar mínimo europeo en materia de contratación temporal sino que, interpretada bajo el perfil más restrictivo, ha supuesto la clave para proceder a nivel nacional a una redefinición completa de la normativa dando lugar, al menos en determinados casos, a una importante erosión del principio que considera el trabajo temporal como una excepción respecto al trabajo indefinido²⁶, llevando a algunos ordenamientos a liberalizar el uso del contrato de duración determinada, hasta el punto de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que proporcionar un marco para la correcta interpretación de las normas comunitarias en la materia²⁷.

De la comparación entre Italia, Francia, España y Alemania se puede trazar una primera línea de distinción en función de que la legislación prevea o no la necesidad de incluir una causa para la firma del contrato de duración determinada. El ordenamiento francés se caracteriza por un sistema más rígido, en cuanto prevé supuestos taxativos para la celebración del contrato; el sistema español, aunque no es rígido y detallado como el francés, parece equilibrado por las limitaciones específicas impuestas por el legislador para evitar abusos en el uso de este tipo de contratos, incluido el reenvío a la negociación colectiva; el modelo alemán, sin embargo, se caracteriza por una lista ejemplificativa de causas para el contratado de duración determinada, que puede celebrarse incluso en ausencia de razones objetivas o técnicas, siempre con respeto a un régimen específico de duración.

Actualmente, el modelo más flexible es seguramente el italiano, ya que el contrato de duración determinada —desde hace algunos años la celebración es bastante libre, sin necesidad de alegar razones de tipo técnico, productivo, organizativo o de «sustitución» (que durante años ha sido el principal límite a los contratos temporales y el tema más litigioso)— se ha convertido en «acausal».

²⁶ Conviene recordar que el acuerdo marco, en el considerando 6, establece que la forma general de los contratos de trabajo es indefinido.

²⁷ Una discusión completa de la interpretación de la [Directiva 1999/70/CE](#) por el Tribunal de Justicia puede leerse en ALES, E.: «La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva», *op. cit.*, pág. 301 y sigs.

Con referencia a la duración máxima del contrato no es posible trazar una línea divisoria entre los distintos países, ya que los modelos se diferencian entre sí: para España y Alemania la duración varía dependiendo de la causa justificativa de la contratación temporal, mientras que en Italia la duración máxima se fija en 36 meses, aunque el límite viene referido a la contratación de un trabajador por parte del mismo empleador para la realización de funciones equivalentes.

Debe hacerse mención a los aspectos problemáticos de la regulación de aquellos países (como España e Italia) que reenvían a la negociación colectiva; hasta el punto de convertir en necesaria una reflexión sobre el alcance real desde el punto de vista jurídico y práctico de estas previsiones de reenvío. Teniendo en cuenta la difícil relación entre la fuente de origen legal y negocial, puesta de relieve por la doctrina en diversas ocasiones²⁸, no parece plausible que tal modelo conduzca a una simplificación, sino a un aumento de los litigios y, de hecho, a una parálisis de la actividad de la negociación colectiva, con la consiguiente creación de numerosas zonas grises, en particular, en los aspectos fundamentales relativos a las cláusulas de «cuotas» y las excepciones al deber de motivar la inclusión del término.

En el caso español, la llamada a la negociación colectiva no parece haber resuelto los problemas relativos a la utilización de formas flexibles de trabajo ni ha contribuido a disminuir la tasa de desempleo. Incluso en Italia el modelo no parece resolutivo, creando puntos de tensión inevitables con la Directiva de la Unión Europea que en la cláusula 5 obliga a los Estados miembros a una o varias medidas relacionadas con «a) las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los contratos o relaciones a tiempo determinado sucesivos; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones».

A juicio de quien escribe, sería, por tanto, deseable un replanteamiento de conjunto de las directrices comunitarias en relación con el objetivo de uniformar la tutela de los trabajadores, con el fin de evitar que las normas nacionales permitan una inadecuada utilización del contrato de duración determinada.

²⁸ Cfr. CARINCI, F.: «Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore», en *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, 133/2011, pág. 38; DI STASI, A.: *Il potere sindacale nell'ordinamento debole del lavoro*, Torino: Giappichelli, 2012, págs. 190 y sigs.; SANTORO, C.: «Il Ministero del lavoro si pronuncia su contratto di prosimilità e contratto a termine», *Dir. Rel. Ind.*, pág. 258 y sigs.; TIRABOSCHI, M. y TOMASSETTI, P.: «Il nuovo lavoro a termine alla prova della contrattazione collettiva», en M. Tiraboschi (dir.), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014 convertito, con modificazione, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt Labour e-Book Series, 2014, núm. 25, pág. 19.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0