

ABUSO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. LA «SUCESIÓN» DE CONTRATOS DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

ANTONIO TAPIA HERMIDA

Doctor en Derecho

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad
Complutense de Madrid. Letrado de la Seguridad Social.*

*Académico correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

EL sistema de economía de mercado, en cuya urdimbre se proclama la libertad, es indiferente a la utilización de contratos de trabajo temporales o por tiempo indefinido. No obstante, los graves inconvenientes sociales derivados de la utilización masiva de la contratación temporal, durante los períodos álgidos del capitalismo industrial se propició el establecimiento del contrato de trabajo por tiempo indefinido como el modo normal de instauración del vínculo laboral, acentuándose al propio tiempo el componente social en aquel sistema económico que no solo lo adjetiva, sino que se integra en su misma denominación.

Aquella indefinición contractual laboral, identificada con la estabilidad en el empleo sin pérdida alguna de libertad, determinó que la contratación temporal fuera reconducida fundamentalmente a una determinada tipología demandada por el funcionamiento eficaz de aquel sistema económico, bien que se instauraran otras modalidades menores de contratación temporal por razones formativas y de integración de grupos sociales marginados del ámbito de las relaciones industriales.

En el momento que nos ha tocado vivir, so capa de la globalización económica se están introduciendo desajustes en el sistema de economía social de mercado (con pretendida justificación teórica en costes, adquisiciones y fusiones empresariales), constituyendo una de sus manifestaciones críticas el renacimiento de la contratación temporal, cuyas perversas consecuencias pretenden atajarse mediante diversas medidas, entre las que sobresale la proscripción del «abuso» de la contratación temporal estructural, única forma de temporalidad laboral ya relevante, mediante la sanción y conversión de los supuestos de concatenación de tales tipos contractuales y comisión de fraude de ley, en relaciones laborales por tiempo indefinido.

Tanto el Derecho comunitario como el nacional o interno español, han adoptado medidas, en una constante y casi frenética actividad legiferante, que componen un complejo y sutil panorama jurídico que, acompasado por una inteligente y favorecedora jurisprudencia comunitaria y nacional, procura hacer efectivo el principio de estabilidad en el empleo, asentando el sistema democrático, extendiéndolo a la empresa («democracia en la empresa»), además de añadir otras ventajas, desarrollos y mejoras sociales e individuales.

Palabras clave: contratación temporal y fraude de ley.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Referencia a la normativa comunitaria e internacional sobre los contratos de trabajo de duración determinada.
- III. Regulación general española de la contratación laboral. Persistencia de la indefinición y *numerus clausus* de la temporalidad.
- IV. Las obligaciones empresariales relevantes en relación con la contratación temporal, encaminadas a la realización efectiva del principio de estabilidad en el empleo, impuestas por el ordenamiento jurídico español.
- V. La interpretación y la aplicación del Derecho nacional o interno español de acuerdo con el contenido de la normativa comunitaria reguladora de la contratación temporal. La aplicación del principio de «interpretación conforme».
- VI. Justificación «objetiva» y abuso de derecho en la contratación temporal «sucesiva» de trabajadores.
 1. Sobre las «razones objetivas» que justifican la renovación sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.
 2. La concatenación simple y la concatenación «sucesiva» (o «sucesión») de contratos de trabajo de duración determinada.
 - 2.1. Delimitación del supuesto de «sucesión» injustificada de contratos de trabajo por tiempo determinado en el Derecho comunitario.
 - 2.2. La «transformación» de los contratos «sucesivos» de duración determinada en un contrato de trabajo o relación laboral por tiempo indefinido, según la normativa comunitaria. Su carácter sancionador.
 - 2.3. Efectos de la «sucesión» de contratos de trabajo de duración determinada en el sistema laboral español.
 - 2.4. Sobre la presunción por tiempo indefinido de cualquier contrato de trabajo por tiempo determinado celebrado en fraude de ley y su operatividad sobre una serie contractual.
 - 2.5. La adquisición de la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, de los trabajadores que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

Constituyendo la contratación temporal, de por sí, una negación del principio de estabilidad en el empleo¹, su permisión, sin visos de extraordinaria y absoluta excepcionalidad, únicamente se admite en supuestos típicos impuestos por las necesidades mismas de funcionamiento, con razonable eficacia, del sistema de economía de mercado², de tal modo que respondan «a una causa que justifique la contratación a término»³. Al contar el principio de estabilidad en el empleo con arraigo constitucional (art. 35 de la Constitución Española) «impide el establecimiento de un sistema de libre contratación temporal al margen de cualquier causa o motivo, remitiendo a la voluntad de las partes o mejor, del empresario, a la decisión del empresario la elección de la duración del contrato. Tal libertad se encontraría vedada por los dictados constitucionales»⁴, incluso para el legislador ordinario.

¹ «La temporalidad es un mal endémico en nuestras relaciones laborales», indica PÉREZ REY, J.: «La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo», Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 31.

² Sobre el «sistema de economía de mercado», indica GALBRAITH, J.K.: «La Economía del Fraude Inocente. La verdad de nuestro tiempo», Crítica, Barcelona 2004, pág. 18, que «el término "capitalismo" se encuentra en declive (...). La denominación destinada a sustituirlo es "sistema de mercado", una expresión respetable que cuenta con el respaldo de economistas, portavoces empresariales, políticos prudentes y periodistas», y, más adelante, en págs. 19-24, precisa que «en Europa, la palabra "capitalismo" afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores (...). En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio. En Estados Unidos se probó la fórmula "libre empresa" pero esta no cuajó; hablar de libertad en materia de decisiones empresariales no resultaba especialmente tranquilizador (...). Fue así como se llegó finalmente a "sistema de mercado", una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; de hecho una expresión que carecía por completo de historia. Habría sido difícil encontrar una denominación con menos sentido, y esta fue la razón para su elección», concluyendo, en págs. 24-25, lo siguiente: «Hablar de sistema de mercado (...) carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente. (...) Hoy se cree que las empresas y los capitalistas carecen de poder; y el hecho de que el mercado esté sujeto a una dirección corporativa hábil y completa ni siquiera se menciona en la mayor parte de los cursos de economía».

³ Como precisa la STSJ de Cantabria de 2 de marzo de 1998, «los supuestos de contratación temporal a que se refiere el artículo 15 del ET responden a una causa que justifica la contratación a término».

⁴ PÉREZ REY, J., *op. cit.*, pág. 258.

Los demás supuestos de contratación laboral temporal, en nuestro ordenamiento jurídico, bien se ubican realmente fuera del mercado de trabajo, obedeciendo a necesidades educativas o formativas, bien responden a necesidades específicas de sistemas laborales especiales periféricos ⁵, bien sirven objetivos de política social con finalidades múltiples que exceden de las meramente laborales procurando la reducción del gasto público al propio tiempo que la integración socio-laboral de colectivos marginados ⁶, o bien constituyen auténticas singularidades.

En los casos de celebración de contratos de trabajo por tiempo determinado estructurales que no respondan a alguna de las causas que los tipifican y justifican, según las exigencias de funcionamiento del sistema de economía de mercado, su mera concertación y con mayor fundamento su concatenación sucesiva puede contrariar el fundamental principio de «estabilidad en el empleo», inherente al Estado Social y democrático de Derecho proclamado en nuestra Constitución (art. 1), pues «la estabilidad tiene (...) una doble dimensión. Por una parte, es estable la relación laboral cuando se basa en un contrato indefinido, por otra, esa estabilidad solo se garantiza cuando existe una fuerte y eficaz protección frente al despido», ⁷ y ambas manifestaciones se conculcan singular y especialmente mediante la «sucesión» injustificada de contratos de trabajo de duración determinada.

⁵ Es el caso de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar regulada por Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto (arts. 4 y 6), de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección regulada por Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (art. 6), y de la relación laboral de carácter especial de deportistas profesionales regulada por Real Decreto 1006/1985, de 26 de julio (arts. 4.1, 9.2 y disposición adicional). Sobre la relación laboral de personal de alta dirección me remito a mis trabajos «La relación laboral especial del Personal de alta dirección», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 104, noviembre 1991, págs. 129 y ss. «El contrato de trabajo y el régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 108, marzo, 1992, págs. 103 y ss. «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos Cargos)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, págs. 3.723 y ss.; Entre la numerosa bibliografía al efecto, pueden destacarse SALA FRANCO, T.: «La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas», E. Deusto, Bilbao 1990; IGLESIAS CABERO, M.: «Relación laboral especial de personal de alta dirección», Civitas, Madrid 1991, y 1994 (2.ª ed.); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», *RL*. Núm. 14, 1992, págs. 9 y ss; MARTÍNEZ MORENO, C.: «La relación de trabajo especial de alta dirección», CES, Madrid 1994; MOLERO MANGLANO, C.: «El contrato de alta dirección», Civitas, Madrid 1995; del mismo autor, «Alta dirección: una revolución jurisprudencial». *RL*, II, 1997, págs. 141 y ss; GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: «El personal de alta dirección: concepto y características», Tecnos, Madrid 1995; DEL VAL TENA, A.L.: «Los trabajadores directivos de la empresa», Aranzadi, Pamplona 1999, del mismo autor, «El trabajo de Alta Dirección. Caracteres y régimen jurídico», Civitas, Madrid 2002; MARTÍNEZ MORILLO, L.: «La relación especial de trabajo de Alta Dirección». CESS, Madrid 1999; Acerca del régimen laboral especial de los deportistas profesionales, ROQUETA BRUJ, R.: «El trabajo de los deportistas profesionales», Tirant Monografías, Valencia 1997, págs. 144-152.

⁶ Es el caso de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, según la cual «las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

⁷ LÓPEZ CUMBRE, L.: «El principio de estabilidad en el empleo», en «Los principios del Derecho del Trabajo», (DE LA VILLA, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L., dir.), Capítulo 11, CEF. Madrid. 2003, pág. 287, y que, en la pág. 290, indica lo siguiente, «Sin menospreciar otros antecedentes, del principio de estabilidad en el empleo cabe hablar a partir de la legislación franquista. Fue entonces, y básicamente en la década de los años cuarenta, cuando, para contrarrestar la restricción y desaparición de libertades en el ámbito laboral, el trabajador comienza a disfrutar de la máxima protección en la continuidad en la empresa y lo hace a través de dos vías: la indefinición de la relación laboral y la dificultad del empresario para proceder a la ruptura de vínculo contractual».

Ajustado nuestro ordenamiento a los parámetros de estabilidad laboral exigibles a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir, puede afirmarse, con generalidad, que «la validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de esta exige, en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa», pues «la temporalidad no se supone» (STS de 21 de febrero de 2002), y lejos de ser un término se incorpora a la causa del contrato⁸, constituyendo la estabilidad en el empleo «el principal de los límites frente a la actividad legislativa de configuración de causas de temporalidad»⁹.

Limitada, pues, legalmente la contratación laboral temporal, básicamente a los supuestos que el sistema económico imperante exige para poder funcionar en un sistema globalizado o universalizado, eliminada de raíz en el panorama legislativo la posibilidad de contratos de duración determinada atípicos, sin embargo la realidad socioeconómica y las «relaciones industriales» practicadas desmienten y contrarían semejante ordenación legal¹⁰. Efectivamente, desde hace ya tiempo viene observándose, con preocupación, un renacimiento y una creciente utilización «abusiva» de la contratación laboral por tiempo determinado, al socaire de la «globalización» económica y en base a la reestructuración de los costes y riesgos que conlleva¹¹, constituyendo una de las manifestaciones más descaradas de semejante «utilización abusiva de los contratos de trabajo por tiempo determinado», la concatenación de tales contratos sin justificación objetiva alguna, con evidentes perjuicios para los trabajadores sujetos de tales «sucesiones» contractuales.

Aquella grave problemática de la «estabilidad en el empleo» se ha venido resolviendo mediante la consideración de aquella «sucesión abusiva» de múltiples contratos como fraudulenta y, consecuentemente, como un único contrato o relación laboral de carácter indefinido, pues ciertamente «uno de los más frecuentes supuestos de fraude de ley tiene lugar con la repetición indebida de un mismo contrato temporal en sucesivos períodos de tiempo, para evitar de este modo el vínculo estable»¹².

⁸ Sobre la causa DE CASTRO, «El negocio Jurídico», Civitas, Madrid 1985 (reedición) especialmente págs. 191-192; No lo incluyen en la causa sino que lo mantienen como un término MOLERO MANGLANO y otros: «Estructura del contrato de trabajo», Dykinson, Madrid 1997, págs. 213 y ss. y 280 y ss.

⁹ PÉREZ REY, J., *op. cit.*

¹⁰ Explícitamente se reconoce en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio («Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo») como uno de los tres grandes desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, su «elevada temporalidad».

¹¹ Sobre el sistema capitalista global *vid.* SOROS, G.: «La crisis del capitalismo global», Temas de Debate, Madrid 1999, págs. 137-140, en donde indica que «la verdadera aparición del sistema capitalista global llegó en la década de los 70 (...). El desarrollo de los mercados financieros internacionales recibió un gran impulso hacia 1980 (...). A partir de 1983, la economía global ha disfrutado de un largo período de expansión prácticamente ininterrumpida. A pesar de las crisis periódicas, el desarrollo de los mercados de capital internacionales se ha acelerado hasta el punto en que pueden calificarse de verdaderamente globales». Afirmaciones que no contradicen la apreciación de que «una mirada serena y hasta donde resulte posible aséptica, a la Historia, especialmente desde la Edad Moderna, nos permite advertir que el paradigma de lo "global" ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, con diversas acepciones», como indica LÓPEZ CACHERO, M., en la «Respuesta al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores del académico electo Doctor Don Eugenio Prieto Pérez, de la Sección de Ciencias Políticas y Economía», *Real Academia de Doctores*, Madrid. 2002, págs. 58-59.

¹² DE LA VILLA, L.E.: «Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo», trabajo publicado en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF, Madrid 2006, pág. 1.015.

La labor legislativa en la prevención del abuso en la «sucesión» de contratos de trabajo temporales, tanto «puros» (se utiliza esta denominación, un tanto arbitraria e impropia, para aludir a los contratos «temporales para el fomento del empleo», que realmente han funcionado en nuestro sistema de relaciones laborales como una categoría «general» de contratación temporal, de ahí la inexactitud de tratar a esa modalidad de contratación temporal de «coyuntural»), como de duración determinada, ha sido estimable llegando a la proscripción de la contratación temporal, salvo en los supuestos antes indicados, al extremo de poderse afirmar que «en el ordenamiento español es desconocido el género de contrato temporal de trabajo, aceptando solo una serie taxativa de contratos temporales típicos para su utilización estricta en casos y bajo requisitos determinados. De este modo la contratación laboral solo es válida como tal si se acomoda a los moldes legales concretos y respeta todas sus prevenciones; en otro caso, corre el riesgo de caer bajo la presunción de indefinición que sigue vigente en el ordenamiento español»¹³.

Recientemente, bien que con dudoso acierto, se ha reforzado la regulación jurídico-positiva tendente a evitar la conclusión sucesiva y presuntivamente abusiva, de algunos contratos de duración determinada¹⁴, siguiendo una benéfica jurisprudencia comunitaria¹⁵ y nacional, proclive a la derivación de la concatenación injustificada de contratos de duración determinada en un solo contrato o relación laboral por tiempo indefinido.

II. REFERENCIA A LA NORMATIVA COMUNITARIA E INTERNACIONAL SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

Aquella normativa viene constituida por el Convenio OIT, núm. 158 y por la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 18 de marzo de 1999, que recoge, en su anexo, el acuerdo marco al que llegaron la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES) sobre trabajo de duración determinada¹⁶, sin perjuicio de la existencia de otras normas comunitarias en las que se efectúan referencias a los derechos de los trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada¹⁷.

¹³ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo), pág. 999; En este sentido se pronuncia la STS de 11 de marzo de 1997.

¹⁴ Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, artículo 12.dos, por el que se añade el apartado 5 al artículo 15 del ET.

¹⁵ En la jurisprudencia comunitaria deben destacarse las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) que suponen un importante espaldarazo a la jurisprudencia española en la materia. Se trata de las SSTJCE de 4 de julio, asunto C-212/04, y 7 de septiembre (dos sentencias), asuntos C-53/04 y C-180/04, de 2006.

¹⁶ Disponiendo en su artículo 2 que los Estados miembros pondrían en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en aquella Directiva «a lo más tardar el 10 de julio de 2001» o se asegurarían de que, «como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo», adoptando los Estados miembros «todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva».

¹⁷ Así la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que fue modificada por la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre, establece en su artículo 2.2 b) que no podría excluirse de su campo de aplicación «a los trabajadores con un contrato de duración determinada en el sentido de la Directiva 1999/70/CE».

El Convenio 158 de la OIT, adoptado el 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (ratificado por España el 18 de febrero de 1985), no obstante permitir a cualquier miembro de la Organización Internacional excluir «de la totalidad o de algunas» de sus disposiciones a «los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea» y a «los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración» [art. 2.2 a) y c)], también establece que «se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada, cuyo objeto sea eludir la protección que prevé» aquel instrumento internacional (art. 2.3).

Precisa el precitado convenio que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio» (art. 4). Semejante circunstancia determina, pese a las ambigüedades de aquella norma internacional, que se prohíbe la «sucesión de contratos de duración determinada», por cuanto la finalización de cada contrato temporal, en su momento, no estaría basada en ninguna de las circunstancias admitidas, pues generalmente no lo estaría en «las necesidades (objetivas) de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio» por el simple hecho de haberse «concatenado sucesivamente» con otro(s) contrato(s) temporal(es).

La Directiva 1999/70/CE, realmente es el vehículo de aplicación de una norma convencional, del Acuerdo marco anexo e integrado en la misma¹⁸, que así se aplica en los términos y con arreglo al artículo 139 CE (antes art. 249 del Tratado), debiéndose en puridad aludir a una Directiva-Acuerdo marco, como una singular especie de norma comunitaria híbrida, por más que formalmente parezca como una Directiva más, que obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que ha de conseguirse, dejándoles, sin embargo, la elección de la forma y de los medios.

Aquella norma comunitaria recurre a la técnica de incorporar, lisa y llanamente en su anexo el contenido del Acuerdo aludido, que así, por incorporación, se convierte en texto de la Directiva, como indica su artículo 1, según el cual aquella norma comunitaria «tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, que figura en (su) anexo, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)».

¹⁸ Efectivamente, el Consejo, en su Resolución de 6 de diciembre de 1994 «sobre determinadas perspectivas de una política social de la Unión Europea: contribución a la convergencia económica y social de la Unión», invitó a los interlocutores sociales a aprovechar las posibilidades de celebrar acuerdos, puesto que por regla general están más cerca de la realidad social y los problemas sociales. Aquellas entidades con ocasión del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, anunciaron su intención de examinar la necesidad de acuerdos similares para otras formas de trabajo flexible, concediendo una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaron su intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las empresas de trabajo temporal. En ese ámbito de política social aquellos sujetos celebraron un «Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada» que estableció los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo, estableciendo un marco adecuado para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo.

En los puntos 6, 7 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo marco (texto de la Directiva, en definitiva), se establecen sus criterios rectores, que son los siguientes:

- Los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento.
- La utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos, y,
- Los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores.

Aquellos principios rectores de la Directiva-Acuerdo marco debían asimismo interpretarse de conformidad con las finalidades u objeto, explícitamente confesado, del mencionado Acuerdo, entre los que destacaba el siguiente:

«Establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»¹⁹.

Siendo preciso determinar qué se entiende en aquella normativa comunitaria por contrato por tiempo determinado y por trabajador temporal, vinculado al empresario mediante un contrato de aquella naturaleza, nada mejor que acudir a la definición de «trabajador con contrato de duración determinada», contenida en la misma, y que es la siguiente:

«El trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de 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».

¹⁹ En la legislación comunitaria es constante la referencia a contrato de trabajo y a relación jurídica laboral como nociones diferentes, lo cual por el contrario resulta excepcional en nuestro sistema jurídico, la razón puede encontrarse en las diferencias en cuanto al origen de las relaciones jurídicas (obligatorias) en los sistemas continentales y en los sistemas anglosajones, con una presencia abrumadora del negocio jurídico contractual en los primeros frente a su más modesto protagonismo en los segundos, bien que sea cierto que hoy en día las corrientes neocontractualistas, que pretenden explicar toda o casi todas las relaciones jurídicas (públicas y privadas) así como el origen mismo de los sistemas políticos democráticos en el contrato, están en boga y son de universal aceptación. Debe considerarse que las relaciones laborales sin un origen contractual en absoluto son desconocidas en nuestro sistema jurídico. En este sentido se afirma que en la expresión relación contractual de hecho, el término hecho se opone a contrato no a derecho, razón por la que es admisible y rigurosamente correcto hablar sin incurrir en error de concepto o contradicción alguna, de relaciones jurídicas de hecho, según expone DE LA VILLA, L.E.: «Relaciones laborales de hecho», trabajo publicado en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF, Madrid. 2006, pág. 882.

El perfil acabado de aquel concepto, dado su carácter alotético, se procura mediante el recurso a otras definiciones o conceptos relacionados con el mismo, absolutamente necesarios para el desarrollo de la indicada normativa. Esto es, se establecen términos de comparación, entre otros el de «trabajador con contrato de duración indefinida comparable», que se define como «un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña».

Para el caso de que no existiera ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, se indica otro término de comparación, de tal modo que aquella comparación deberá efectuarse haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

Aquella delimitación conceptual respecto de los trabajadores temporales se precisa y complementa con la indicación de su mayor o menor relevancia con relación bien a todos o bien solamente a algunos empleadores. Entiende la jurisprudencia comunitaria ²⁰ que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco anexo a la misma, extienden su ámbito de aplicación a los contratos de trabajo temporales o de duración determinada y relaciones laborales temporales existentes entre empresarios privados y trabajadores (sector privado de la economía), pero que también «se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público», puesto que:

- a) «Las disposiciones de estas dos normas, (Directiva 1999/70/CE y Acuerdo marco anexo a la misma, en puridad una sola norma), no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado»
- b) Por el contrario:

- De una parte, como muestra el tenor literal de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de este se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen «los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro».

Además, la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan».

²⁰ Sentencia del TJCE, constituido en Gran Sala, de 4 de julio de 2006.

Por otra parte, la cláusula 2 de dicho Acuerdo marco, lejos de excluir los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados por un empleador público, se limita a otorgar a los Estados miembros o a los interlocutores sociales, la facultad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a las «relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje», así como «a los contratos y relaciones laborales (concluidos) en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».

El precepto nuclear del citado Acuerdo marco, es su cláusula 5, cuyo objeto es «prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», a «cuyo efecto» los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a su legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, asumen las siguientes obligaciones:

- a) Cuando en su ordenamiento nacional no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos (de la contratación temporal), introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:
 - Establecimiento de las «razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales».
 - Señalamiento de «la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada».
 - Determinación del «número (máximo) de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales».
- b) Cuando sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:
 - Se considerarán «sucesivos».
 - Se considerarán «celebrados por tiempo indefinido».

Asimismo, se precisa por la misma cláusula 5 del Acuerdo marco citado que los empresarios deberán asumir, en cada Estado miembro, concretas obligaciones tanto informativas como de promoción de la estabilidad en el empleo, en los términos siguientes:

- «Deberán informar a los trabajadores con contrato de duración determinada de los puestos vacantes en la empresa o el centro de trabajo, para garantizarles que tengan las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores (información que podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo)», y

- «En la medida de lo posible», los empresarios «deberán facilitar el acceso de los trabajadores con contrato de duración determinada a las oportunidades de formación adecuadas para mejorar su cualificación profesional, el desarrollo de su carrera laboral y su movilidad profesional».

Todo ello bien entendido que según el indicado Acuerdo:

- No podía considerarse obstáculo para que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales mantuviesen o introdujesen disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en aquel Acuerdo, el cual además se adoptaba «sin perjuicio de otras disposiciones comunitarias más específicas y, en particular, de las disposiciones comunitarias relativas a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres».
- Ni de sus disposiciones podrían constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores, ya existente, en el ámbito cubierto por el Acuerdo, el cual no debía entenderse que pudiera limitar el derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios (al nivel apropiado, incluido el nivel europeo), que adaptasen o complementasen sus disposiciones de manera que tuvieran en cuenta las necesidades específicas de los interlocutores sociales afectados.

III. REGULACIÓN GENERAL ESPAÑOLA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL. PERSISTENCIA DE LA INDEFINICIÓN Y *NUMERUS CLAUSUS* DE LA TEMPORALIDAD

Se ha dicho que «es grave la confusión entre la regulación jurídica del hecho social trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera»²¹, y que únicamente a partir de entonces tiene sentido plantearse la diferenciación entre contrato de trabajo por tiempo indefinido y contratos de trabajo temporales, o más en general referirse a «la estabilidad en el empleo».

Efectivamente, «el contrato de trabajo es una tipología nacida históricamente en respuesta a una necesidad social concreta desgajándose del arrendamiento de servicios civil»²². Por ello y admitiendo como punto de partida la «temporalidad crónica del jornalero», y sin adentrarnos en la historia de la legislación social²³, puede afirmarse la relativa «modernidad» de la contratación laboral

²¹ DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho español del Trabajo», estudio recogido en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF. Madrid. 2006, pág. 264. *Vid.* ALONSO OLEA, M.: «Introducción al Derecho del Trabajo», Madrid 1994 y «Las raíces del contrato de trabajo», AARAJL, núm. 21, 1989, págs. 400 y ss.

²² DE LA VILLA, L.E., *op. cit.*: «En torno al concepto del Derecho español del Trabajo», pág. 276.

²³ Nos remitimos al trabajo de DE LA VILLA, L.E.: «El Derecho del Trabajo en España durante la guerra civil» estudio recogido en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF. Madrid 2006, págs. 145-214.

por tiempo indefinido, como manifestación de la radicación en nuestro ordenamiento jurídico del principio de «estabilidad en el empleo» (en el trabajo, en la empresa y en el puesto de trabajo ²⁴).

Efectivamente, solo a partir de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (en adelante LCT), se establece con generalidad que el empresario podía contratar a sus trabajadores, bien por tiempo indefinido, bien por tiempo cierto, o bien para la realización de una obra o servicio determinado, con una presunción a favor de la indefinición del contrato de trabajo cuando no se estableciese el término del contrato o se excediese el mismo sin mediar denuncia del empresario (arts. 27 y 76.2 de la LCT), que tuvo un singular desarrollo reglamentario (especialmente mediante Ordenanzas laborales y Reglamentaciones de trabajo), pero para que aparezca la presunción genérica de indefinición del contrato de trabajo habrá de transcurrir un largo período de tiempo, deberá esperarse a la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, una de las disposiciones más trascendentes de la fase de transición política ²⁵.

En un «atajo» y afirmando que desde los inicios de la legislación social se han dado muchos argumentos, más o menos razonables, para justificar la sustitución de la contratación indefinida por la contratación temporal ²⁶, cogiendo una fecha referente moderna, conviene efectuar una breve alusión a la contratación por tiempo indefinido y a la contratación temporal, «pura» y por «tiempo determinado» ²⁷ (dejando al margen, por su escaso interés, a los fines del presente trabajo, a los contratos temporales formativos y de relevo).

Con ese horizonte temporal puede afirmarse que el artículo 15 del ET que, en la redacción dada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET, «abría su discurso con la denominada presunción general de contratación indefinida» ²⁸, sin embargo, mantuvo en su número 2, los supuestos en que podían celebrarse contratos de duración determinada, que considerando disposiciones complementarias podían clasificarse en el contrato «selectivo», los contratos «formativos», los contratos «coyunturales», los contratos «estructurales» y, poco después, los contratos de «prestaciones especiales».

²⁴ Como precisa DE LA VILLA, L.E., «Rasgos, caracteres y principios del Derecho del Trabajo», estudio recogido en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF. Madrid. 2006, pág. 355.

²⁵ Que inicia el cambio desde la LCT de 1944 al ET de 1980.

²⁶ En expresión de DE LA VILLA, L.E.: «La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea», estudio recogido en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF, Madrid 2006, pág. 376, en donde además indica lo siguiente, «hay muchos argumentos para justificar la sustitución de la contratación indefinida por la contratación temporal, que llega a valorarse como la única salida posible; para limitar el crecimiento de los salarios por la cota alcanzada por el coste de la vida (...); para recortar las pensiones (...) para evitar, se dice, la quiebra financiera del sistema de la Seguridad Social y hasta del Estado; Cualquier día oiremos, a lo peor, que no cabe conservar las instituciones del salario mínimo, la jornada limitada o el descanso dominical».

²⁷ Bien que DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* («Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo»), pág. 999.

²⁸ PÉREZ REY, *op. cit.*, pág. 54, por más que, según precisa, la fórmula legal adoleciera de una enorme imperfección en su redacción.

Especial interés tenía la admisibilidad de contratos cuya celebración y limitada duración en el tiempo no se justificaba por la naturaleza temporal de las necesidades que con ellas se pretendían atender, sino por la importancia que dicha modalidad de contratación pudiese tener en la generación de nuevos empleos. Supuesto que ya se contemplaba, en la primitiva redacción de dicho precepto y que había sido objeto de desarrollo a través de diversas normas de carácter reglamentario, entre ellas el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, cuya vigencia, en la redacción dada por el Real Decreto 3887/1982, de 29 de diciembre, había sido prorrogada por el Real Decreto 3236/1983, de 21 de diciembre, que se preveía tendría un carácter provisional.

Con la experiencia obtenida, se procedió a una nueva regulación de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, «en tanto persistiesen las circunstancias de empleo», imponiéndose criterios «más flexibles y realistas», eliminándose determinadas limitaciones que habían venido caracterizando el régimen jurídico de aquellos contratos. Dicha regulación se llevó a efecto haciendo uso para ello de la autorización contenida en el artículo 17.3 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo ²⁹.

Efectivamente, mediante Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, que a la postre devino en la norma característica y más importante de las habidas en nuestro país sobre la contratación temporal general, bien que adjetivada «de fomento de empleo», se permitió (art. 5) a las empresas contratar temporalmente trabajadores, en los supuesto que allí se establecían.

Posteriormente, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, derogó el anteriormente mencionado Real Decreto (disp. derog. punto 5) estableciendo (en su disp. adic. tercera) la prórroga de los contratos temporales de fomento del empleo celebrados al amparo del Real Decreto 1989/1984 cuya duración máxima de tres años expirase entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, y (en su disp. adic. sexta, sobre fomento del empleo durante el año 1994) que, conforme a lo establecido en el artículo 5.º de aquella ley y en el artículo 17.3 del ET, a partir de su entrada en vigor, y hasta el 31 de diciembre de 1994, las empresas podrán contratar temporalmente, para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores desempleados incluidos en determinados colectivos ³⁰.

Según la misma normativa los empresarios debían contratar a los trabajadores, incluidos en aquellos grupos mediante la presentación de oferta genérica de empleo, a través de la correspondiente oficina de empleo cuando se tratase de la contratación de perceptores de desempleo, y formalizar el contrato por escrito en el modelo oficial. La duración de los contratos no podría ser inferior a 12 meses ni superior a tres años, pero cuando se concertasen por un plazo inferior al máximo establecido podían prorrogarse antes de su terminación por periodos no inferiores a 12 meses y a su terminación el trabajador tenía derecho a percibir una compensación económica equivalente a 12 días de salario por año de servicio.

²⁹ En la redacción dada por la Ley 32/1984.

³⁰ Trabajadores mayores de 45 años, trabajadores minusválidos, y beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, en determinados supuestos.

No podían contratar temporalmente al amparo de aquella regulación los empresarios que hubieran amortizado puestos de trabajo por despido declarado improcedente, expediente de regulación de empleo o por la causa prevista en el apartado c) del artículo 52 del ET, con posterioridad al 31 de mayo de 1993.

La norma últimamente citada fue derogada por Real Decreto Legislativo 1/1995³¹ (ET). La modificación del artículo 17 del ET en 1997, determinó la proscripción de toda referencia al contrato temporal para el «fomento del empleo» en nuestro ordenamiento, excepto para los trabajadores minusválidos, siendo sustituido por un singular contrato para el fomento de la contratación indefinida, que no supuso una mejora sustancial en la vigencia del principio de estabilidad en el empleo. Con visos de absoluta excepcionalidad se ha restablecido el «contrato de trabajo temporal de fomento del empleo» únicamente para personas con discapacidad, mediante la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, y por Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

Debe destacarse que mediante la Ley 11/1994, de reforma del ET, se diseñó un panorama legislativo laboral nada favorable a la vigencia del principio de «estabilidad en el empleo». Con aquella norma desapareció un auténtico hito legislativo laboral nacional cual fue la presunción de la indefinición del contrato de trabajo. Efectivamente, a partir de entonces el artículo 15 del ET (titulado «duración del contrato») establece, en una mera alternancia, que «el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada».

No obstante, aquella modificación legislativa no provocó los efectos que cabrían esperarse de su literalidad, al extremo de llegarse a afirmar que provocaba «una impresión contradictoria», tanto porque la misma podía considerarse «irrelevante» si se entendía que «su presencia tampoco había servido para garantizar la pretendida estabilidad en el empleo», como porque cabía defender que dicha desaparición no había producido la desaparición de la presunción de indefinición del contrato de trabajo o, al menos, que ha sido más formal que material, pudiendo localizarse numerosos ejemplos en el ordenamiento en los que prevalecía «la presunción así como el carácter protector del principio de estabilidad en el empleo»³².

Aquella norma de rango de Ley 11/1994, ciertamente eliminaba la presunción genérica de indefinición pero no regeneraba la solución anterior o pretérita, pues se mantenía el contrato indefinido como regla general y se conservaban los contratos temporales en la categoría de *numerus clausus*, al extremo de haberse afirmado que «la supresión formal de aquella medida presuntiva se antoja(ba) irrelevante»³³.

Efectivamente, «la desaparición formal de la presunción genérica de indefinición no equivale desde luego a la desaparición material de la misma, pues la reforma de 1994 no ha afectado a otros

³¹ Disposición derogatoria, letra j).

³² LÓPEZ CUMBRE, L., *op. cit.*, pág. 313.

³³ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* («Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo»), pág. 996; También en «La utilización sucesiva de diversa formas de temporalidad», estudio recogido en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF. Madrid. 2006, págs. 1.020-1.102; PÉREZ REY, *op. cit.*, págs. 38-50 y 93-104, afirma la indefinición del contrato de trabajo desde una afirmación base presuntiva, afirmación presunta, conexión y prueba.

dispositivos legales de los que cabe obtener el mismo resultado protector de la estabilidad en el puesto de trabajo, a saber, el catálogo de presunciones específicas, *iuris tantum* y *iuris et de iure*, la indisponibilidad de los derechos derivados del principio de continuidad del vínculo contractual, la configuración de las modalidades contractuales temporales como *numerus clausus* y, finalmente, la prevención frente al encadenamiento de contratos sucesivos»³⁴.

Por todo ello puede seguirse manteniendo que «en el Derecho español hay dos grupos de contratos de trabajo, a saber, el contrato indefinido y los contratos temporales. Según el propio marco legal, el contrato indefinido es la regla, mientras que las modalidades de contratos temporales se admiten únicamente a título de excepciones a dicha regla. Sin embargo, la contemplación de la realidad da cuenta de una sorprendente paradoja, pues en su aspecto dinámico muestra que de cada cien contratos de trabajo celebrados al día, más de noventa y cinco son temporales, es decir excepcionales, y solo cinco normales u ordinarios. A su vez, en su aspecto estático, el porcentaje de estabilidad en el empleo decrece progresiva e inexorablemente, situando la tasa de temporalidad en un 35% del total, siendo así que el comienzo de la transición a la democracia no representaba más allá del 20%».³⁵

El acierto de aquellas apreciaciones efectuadas a la altura de 1997, únicamente han de ser matizadas por los datos estadísticos de las series posteriores a dicha fecha, que no son desde luego favorables, si bien del 40,7% en 1995, se ha pasado al 32% en 2000, al 31% en 2001, al 33,3% en 2002, al 30,6% en 2003, al 32,4% en 2004, al 33,5% en 2005 y al 34,6% a la altura del tercer trimestre de 2006 (últimos datos estadísticos disponibles), si bien en descargo de esa evolución muy poco favorable de las tasas de temporalidad ha de aludirse a la aparición del fenómeno novedoso, al menos por su dimensión, de la inmigración masiva, procedente de determinados países del este de Europa, América latina y África³⁶.

El artículo 15 del ET supone la excepción a la regla general de la contratación por tiempo indefinido que preside la regulación estatutaria, y contiene la consiguiente regulación de la temporal (con carácter de excepcionalidad) condicionada a la exigencia de causalidad y tipicidad con sus consiguientes limitaciones que se regulan reglamentariamente³⁷, y consecuencias atinentes a la libertad de forma (arraigada en nuestro sistema jurídico desde el Ordenamiento de Alcalá, de 1348) a la que no es ajeno el contrato de trabajo, al exigir empero forma escrita los contratos de trabajo que se manifiestan con peculiaridades, especialmente en su duración, respecto de la relación laboral común³⁸. Nuestro sistema jurídico-positivo de contratación temporal al ser eminentemente causal está sujeto a normas de Derecho necesario³⁹.

Efectivamente, «las causas quedan delimitadas, y debe el contratante realizar una vestimenta contractual que se acomode a estas causas tipificadas, que justifican la posible relación de carácter tem-

³⁴ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* («La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad»), pág. 1.021

³⁵ DE LA VILLA, L.E., «La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad» en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF. Madrid. 2006, págs. 1.019-1.120.

³⁶ Estadísticas sobre inmigración pueden verse para el período 1998-2002, en DE CASTRO, M. A.: «Fuentes estadísticas sobre la inmigración», *Economistas*, núm. 99, enero. 2004, págs. 128 y ss.

³⁷ STS de 15 de julio de 2004.

³⁸ PÉREZ REY, J.: *op. cit.*, págs. 71 y 74; *vid.*; MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho del Trabajo», Madrid. 2001, págs. 303-304.

³⁹ SSTs de 20 de enero y 20 de noviembre de 2003.; Sobre la expresión en el contrato de la «causa de la temporalidad», Pérez Rey, J., *op. cit.*, págs 126-127.

poral. En otro caso nos encontramos ante una quiebra de este sistema, y por ello de una utilización irregular, y por tanto fraudulenta, de los supuestos de contratación limitada, sirviéndose el empleador de una forma escrita regular, que atiende a otra necesidad distinta de aquella a la que se acogió»⁴⁰.

La jurisprudencia, tanto en sentido estricto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁴¹, como la menor de los Juzgados de lo Social y las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia, llegó a las mismas conclusiones que la doctrina, pudiendo afirmarse incluso que acogió sin reparos su interpretación de la evolución y estado actual de nuestro ordenamiento jurídico en referencia a la contratación laboral indefinida-*versus*-contratación laboral temporal.

En lo que hace a la concatenación sucesiva de contratos de duración determinada, conforme a aquel ajuste a la doctrina y por la obligada «interpretación conforme» de nuestro ordenamiento al dictado de la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco anexo a la misma, aquella jurisprudencia tiene establecido lo siguiente:

- Que pese a que de la redacción del artículo 15 del ET se ha suprimido la presunción, que figuraba en su primitiva redacción, de que el contrato de trabajo sea concertado por tiempo indefinido, la temporalidad necesita siempre de una causa legal que la justifique (sentencia de la Sala de lo Social el Tribunal Supremo, en adelante STS, de 20 de enero de 2003), y
- Que el válido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere «en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que les es propia», de tal manera que «no basta, por tanto que la concorde voluntad de las partes, aún explícita en el contrato», pretenda someter la relación al criterio de la temporalidad (STS de 21 de septiembre de 1993)⁴².

Efectivamente, según aquella jurisprudencia pueden celebrarse contratos de duración determinada únicamente en determinados supuestos, porque «la temporalidad en el contrato de trabajo exige una causa que la justifique, por lo que nuestro sistema positivo de contratación temporal es eminentemente causal», y por tanto

- «La contratación temporal está sujeta a normas de Derecho necesario»⁴³, al extremo que:
 - El contrato debe sujetarse a la forma y modalidad, según la causa establecida, y⁴⁴
 - Dentro de nuestro ordenamiento está vetada una disponibilidad arbitraria por parte del empresario de cualquier modalidad contractual⁴⁵.

⁴⁰ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 19 de julio de 2005; *Vid.* PÉREZ REY, *op. cit.*, págs. 82, 84 y 91-93.

⁴¹ *Vid.* LÓPEZ VILAS, R.: «La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico», RAJL. Madrid 2001.

⁴² STSJ del Principado de Asturias de 20 de febrero de 2004.

⁴³ En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 18 de octubre de 2005.

⁴⁴ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 18 de octubre de 2005.

⁴⁵ Véase nota 44.

En materia de contratación «la temporalidad no se presume y exige, en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas», hasta el punto de que los artículos 8.2 y 15.3 del ET y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida.

Pero el cumplimiento de los requisitos formales que la normativa indicada impone «no constituye una exigencia *ad solemnitatem*, y la presunción señalada no es *iuris et de iure*, sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido» (STS de 21 de marzo de 2002).

Si bien es cierto, admite la jurisprudencia, que el ET, en su redacción de 1984, establecía, con claridad, que el contrato de trabajo se presumía concertado por tiempo indefinido, pero que no obstante, se podían celebrar contratos de duración determinada, en los supuestos que en aquel se establecían, contándose así pues con una regla («se presume») y con una excepción («no obstante»), circunstancia que se confirmaba en preceptos varios que establecieron la duración indefinida cuando la duración determinada no se apoyaba en una correctamente habilitación legal ⁴⁶.

Aquella jurisprudencia no dejó de constatar el sustancial cambio semántico que se había producido en la redacción del artículo 15 del ET. Sin embargo, no le atribuyó toda la trascendencia que, desde el punto de vista jurídico estricto, suponía tal sucesión (semántica) legislativa (modo normal de renovarse el ordenamiento jurídico y que responde al carácter esencialmente «dinámico» del Derecho), olvidando el mandato jurídico-político inherente a los sistemas democráticos, y constitucional, según el cual no es posible a los jueces desconocer la literalidad de la norma ⁴⁷.

La jurisprudencia minimizó la importancia de semejante modificación gramatical y, siguiendo a la doctrina más autorizada, no le dio mayor importancia, considerando, pues, que aquel cambio terminológico no eliminaba la preferencia del contrato indefinido, contribuyendo de forma decisiva a la delimitación causal de los diferentes tipos de contratos por tiempo determinado.

Llegando al momento actual, puede afirmarse que sigue siendo una característica de nuestro sistema de relaciones laborales:

«La de ignorar un tipo de contrato temporal genérico provisto de un régimen unitario» ⁴⁸.

⁴⁶ En esas fechas, la omisión de alta en Seguridad Social, (Ley 11/1984, de 19 mayo), y el fraude de ley.

⁴⁷ Como precisa GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y MENÉNDEZ, A.), Cuadernos Civitas, Madrid 1997, págs. 38-39, a partir de la revolución Francesa de 1789 «la justicia será precisamente la aplicación de la Ley y nada más, a cuyo efecto se hace obligatoria la motivación de la Sentencia, de modo que aparezca su función de particularización al caso concreto de la Ley aplicable (...). Por otra parte, la creencia en la virtud taumatúrgica de la Ley va a llevar a una prohibición al juez de toda libertad interpretativa del texto legal. Esta regla se encuentra en la básica Ley de Organización judicial de 16-24 de agosto de 1790 (...). Sobre el Derecho así concebido (...) se articulará la que Benjamín Constant, llamará "la libertad de los modernos", que consiste en "el derecho a no estar sometido más que a las Leyes"».

⁴⁸ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* («La utilización sucesiva de diversas formas de temporalidad»), pág. 1.025.

La contratación temporal es, ahora más que nunca, causal según ya se indicó, siendo los contratos de duración determinada, los más destacados. Los demás supuestos de contratación temporal, al no ser estructurales o consustanciales con el sistema de economía de mercado, tienen menos importancia o incluso llegan a ser marginales.

Según el artículo 15 del ET ⁴⁹, atendiendo a las exigencias y conformación misma del sistema productivo ⁵⁰, se posibilita la contratación laboral temporal:

- a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta ⁵¹.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, pueden identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza ⁵².

⁴⁹ Según redacción dada por Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo (art. primero cuatro) y Ley 63/1997, de 26 de diciembre.

⁵⁰ Vid. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Manual de Derecho del Trabajo» (segunda edición), Editorial Comares, Granada. 2004, págs. 300-407.

⁵¹ Sobre este tipo de contrato OJEDA AVILÉS, A. (coord.): «Modalidades de contratos de trabajo», Tecnos, Madrid, 2003, págs. 192-208; OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Los contratos de trabajo temporales», Justel, Madrid. 2006, págs. 139-194; También PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, págs. 260-302.

⁵² Como precisa la STSJ de Castilla y León de 26 de diciembre de 2005, el contrato para obra o servicio determinado «se caracteriza por la existencia de una actividad a llevar a cabo al amparo del mismo que tiene una duración limitada en el tiempo y que responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, del servicio o del objeto económico que incumbe a la empresa o a la entidad empleadora. Por consiguiente, no es dable en derecho el recurso a tal modalidad contractual temporal para la materialización de tareas de carácter permanente y de indefinida duración en el tiempo, ya que tales tareas no responden a circunstancias singulares que pudieran servir para validar la limitada duración del vínculo, sino que forman parte del ordinario quehacer productivo de la empresa. De otra manera dicho, solo cabe acudir a la especie contractual sobre la que se versa cuando el quehacer a realizar a su través tiene autonomía o sustantividad propia y no consiste en la tarea ordinaria o habitual de la empresa, características esas que solo son predicables allí donde la actividad a ejecutar presenta una identificación que la hace diferenciable de los trabajos normales o propios de la empresa. También de otra manera expresado, la temporalidad que naturaliza al contrato para obra o servicio determinado es en alguna medida identificable con la idea de previsibilidad, puesto que en otro caso desaparecería el sentido de temporalidad que es consustancial a tal especie contractual».

En relación con este tipo de contratación temporal conviene precisar la cuestión de los contratos de esta naturaleza vinculados a la duración de una contrata. Al respecto ha de tenerse en cuenta la siguiente doctrina: «Respecto de la cuestión acerca de la posibilidad de que la contratación temporal para obra o servicio determinado venga ligada a la duración de una contrata, lo cierto es que, (...), la jurisprudencia del TS ha variado su criterio a partir de la Sentencia de 15 de enero de 1997, en relación con el que se venía manteniendo hasta entonces. En efecto, hasta dicha fecha el TS había sostenido sustancialmente que la prestación de servicios por cuenta de una empresa auxiliar contratada por otra en cuyo centro han de prestarse aquellos no llevaba aparejada la sustantividad ni la temporalidad exigidas por el artículo 15.1 a) del ET (SSTS de 26 de septiembre de 1992, 17 de marzo y 10 de mayo de 1993 y 4 de mayo de 1995), criterio que, como se ha dicho, se ha modificado a partir de la Sentencia de 15 de enero de 1997, continuando con la de 25 de junio de 1997 y la de 8 de junio de 1999. Así, a partir de estas sentencias, el TS admite que, aunque no se trate de un contrato para obra o servicio determinado en sentido estricto, sí concurre una necesidad de trabajo limitada en el tiempo y objetivamente definida, y que esa limitación era conocida por las partes al momento de contratar, operando como límite temporal, por lo que, aunque tal actividad de prestación de unos servicios para otra empresa en virtud de una contrata no pueda ser incardinada perfectamente en el artículo 15.1 a) del ET, lo cierto es que la contrata operaría como condición resolutoria o atípico término de los números 2 y 3 del artículo 49 del ET, no existiendo abuso de derecho en la conducta empresarial que incorpora dicha cláusula de temporalidad a los contratos con sus trabajadores» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 23 de septiembre de 2003).

- b) Cuando ⁵³ las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Los contratos pueden tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas ⁵⁴.

Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, se puede modificar la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual resultaba posible realizar las tareas, en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias acumulativas del trabajo se pueden producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se pueden realizar sería de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que es posible contratar 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 ⁵⁵.

- c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo ⁵⁶, siendo preciso siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución ⁵⁷.

⁵³ Según redacción dada por Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo.

⁵⁴ Acerca de este tipo de contrato OJEDA AVILÉS, A. (coord.), *op. cit.*, págs. 210-227; OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, págs. 205-246; *Vid.* PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, págs. 304-324.

⁵⁵ Indica la STS de 13 de febrero de 2006, «el contrato eventual por circunstancias de la producción es idóneo para proveer necesidades y tareas habituales en la empresa que, por circunstancias diversas, experimentan un incremento de actividad para cuya cobertura es necesaria una fuerza de trabajo superior a la habitual», y como precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 11 de octubre de 2005, se «define este tipo de contrato temporal como aquel que tiene por objeto la atención de exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Según doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación, contenida, entre otras, en las sentencias de 21 de abril y 5 de mayo de 2004, lo que caracteriza esta modalidad contractual es la existencia de un desajuste transitorio en el proceso productivo, ocasionado por alguna de las circunstancias previstas legalmente, entre el trabajo que se ha de realizar y el personal disponible, de forma tal que el volumen de aquel excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de este. En tal supuesto, la empresa puede recurrir a la contratación eventual para superar esa necesidad temporal, sin incrementar su plantilla fija más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra. Regulación legal que debe completarse en este caso con lo dispuesto por el artículo 11 a) del convenio colectivo sectorial que considera personal eventual, con independencia de la modalidad contractual utilizada, al contratado para realizar una actividad excepcional o esporádica por plazo que no exceda de 6 meses».

En este punto conviene tener presente la regulación contenida en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que reconoce la normalidad de la organización del proceso productivo, en el siglo XXI, mediante contratas y subcontratas, que conlleva inevitablemente la contratación eventual de trabajadores por parte de contratistas y subcontratistas.

⁵⁶ En relación con este tipo de contrato OJEDA AVILÉS, A., (coord.), *op. cit.*, págs. 229-258; OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, págs. 251-282; PÉREZ ROYO, J., *op. cit.*, págs. 328-339.

⁵⁷ Como precisa la STSJ de las Islas Baleares, de 15 de mayo de 2002, cabe recordar que «el ET en su artículo 15 c) permite tal contratación cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución».

Bien que sea posible, en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones públicas y demás entidades de aquella naturaleza, acudir a la singular figura de la «vacante de plaza»⁵⁸.

El contrato temporal de inserción fue suprimido por Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio⁵⁹, y por Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

Además de la improcedencia de tratar sobre semejante modalidad contractual temporal dada su expresa derogación, tampoco se trata en el presente trabajo de los contratos de relevo⁶⁰, cuya duración podrá ser indefinida, pero también «igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación», ni de los contratos «formativos»⁶¹ (contrato en prácticas, cuya

Una de las modalidades especialmente significativas, a los efectos de este comentario, es la de «interinidad por vacante», que define por la STS de 27 de marzo de 1992, en términos recogidos por la STSJ de Aragón de 11 de octubre de 2004, de la siguiente manera: «Como dijo ya la Sentencia del Tribunal Supremo [el art. 15.1 c) del ET y el art. 4.º del RD 2104/1984 de 21 noviembre, (...)] deben ser interpretados de forma racional, teleológica y espiritualista, superando la mera literalidad de su texto, y por ello se ha de entender que dentro de los mismos, como una modalidad del contrato de interinidad, se incluye la denominada "interinidad por vacante" de las Administraciones públicas, es decir, el contrato de interinaje concertado para ocupar una vacante en tanto esta no sea cubierta reglamentariamente por dichas Administraciones. La finalidad que estas normas persiguen, su *ratio legis*, no es otra que la de permitir a empresarios y empleadores hacer frente a aquellas particulares situaciones en que un determinado puesto de trabajo de su empresa u organismo no va a ser efectivamente desempeñado, durante un período de tiempo limitado, por la persona a quien legalmente corresponde o pudiera corresponder la titularidad del mismo; y por ello, con el fin de evitar los perjuicios que al empleador se le irrogarían por el no desempeño de ese puesto o plaza durante ese lapso de tiempo, se faculta al mismo para concertar un contrato temporal de interinidad por virtud del cual un tercero va a desarrollar la actividad propia de ese puesto, en tanto no sea ocupado por el titular a quien corresponde realmente, de modo que, cuando esta incorporación se produzca, se extinguirá el contrato temporal concertado con el tercero». Sobre la posibilidad de celebrar contratos de interinaje para sustituir a trabajadores en vacaciones, STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 11 de abril de 2006.

⁵⁸ Vid. OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, págs. 265-268.

⁵⁹ Disposición derogatoria única, 1 a) 1.º.

⁶⁰ Según el artículo 15.6 del ET (en redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, artículo primero, punto siete), «se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total. Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Este contrato de trabajo, que se podrá celebrar también para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y tendrá las siguientes particularidades: a) La duración del contrato será indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a la que se refiere el primer párrafo de este apartado. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado».

⁶¹ Regulados en el artículo 11 del ET (según redacciones dadas por Ley 63/1997, de 26 de diciembre, Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y RDL 5/2006, de 9 de junio).

duración «no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años»⁶², y para la formación, siendo su duración mínima «de seis meses y la máxima de dos años»⁶³, aun cuando «en la negociación colectiva» se puedan «establecer compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido»), dada su práctica nula presencia en la problemática de la sucesión de contratos temporales.

IV. LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES RELEVANTES EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, ENCAMINADAS A LA REALIZACIÓN EFECTIVA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, IMPUESTAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El empresario en relación con los contratos por tiempo determinado asume las obligaciones propias de todo empleador, sin que la temporalidad pueda justificar discriminación alguna, pudiéndose concluir (siguiendo a la STS de 7 de octubre de 2002⁶⁴) que si bien la jurisprudencia en orden a garantizar la igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos no ha sido pacífica, sin embargo, ha seguido una línea interpretativa expresiva de que el principio de igualdad de trato no justifica la exclusión, del ámbito de aplicación de los convenios colectivos de los trabajadores temporales, ni la determinación en la norma paccionada, de condiciones de trabajo diferentes no justificadas objetivamente por la temporalidad del vínculo⁶⁵.

Desde la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, en el apartado sexto del artículo 15 del ET, se ha establecido rotundamente el principio de igualdad de derecho de los trabajadores indefinidos y de los trabajadores temporales, con proscripción de cualquier tipo de discriminación, habiéndose introducido de forma irreversible en nuestro ordenamiento el mandato, contenido en la Directiva Comunitaria 1999/70/CE, general de garantía de la igualdad de trato entre trabajadores. Esto es, según la jurisprudencia, mediante aquel precepto estatutario:

⁶² «Dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar».

⁶³ No obstante «mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán establecer otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que, en ningún caso, la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años, o a cuatro años cuando el contrato se concierte con una persona minusválida, teniendo en cuenta el tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar».

⁶⁴ Seguida por una reitera jurisprudencia menor, así las SSTSJ de Castilla y León de 26 de octubre de 2004 y de 26 de enero de 2006.

⁶⁵ Declarando la jurisprudencia la nulidad de cláusulas que establecían una doble escala salarial o las que contenían la exclusión del complemento de antigüedad. En ese sentido, la STS de 10 de noviembre de 1998 señaló que «el canon de interpretación conforme a la CE, orienta asimismo en la dirección de no limitar en principio a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado, sin que puedan hacerse en este punto interpretaciones generales».

- Se establece que los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contrato de duración indefinida, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad cuando resulte adecuado en atención a su naturaleza.
- Para el logro de estos objetivos, y por lo que respecta a las condiciones de trabajo, se preceptúa que 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 ⁶⁶.

Esto es, si bien la duración del contrato es un factor que puede justificar determinadas diferencias en las condiciones de trabajo, estas han de tener necesariamente su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico específico del contrato temporal de que se trate, no resultando compatible con el Derecho comunitario (Directiva 1999/70/CE) ni con la norma interna que la traspone, el artículo 15, apartado sexto, del ET, ni tampoco con el artículo 14 de la Constitución, un distinto tratamiento en relación con ámbitos concretos de las condiciones de trabajo, en perjuicio de los trabajadores con contrato temporal sin apoyo en datos objetivos y con merma de su posición misma como trabajadores de la empresa.

No obstante la parificación legal establecida entre trabajadores con contratos de trabajo de duración indefinida y trabajadores con contratos de trabajo temporales o de duración determinada, resulta que desde el punto de vista fáctico no puede desconocerse la oposición entre indefinición y temporalidad, por ello, y para atender precisamente al cumplimiento de las exigencias derivadas de la aplicación del principio de igualdad a todos los trabajadores, sean fijos o temporales, se imponen concretas obligaciones a los empleadores en relación con los trabajadores con los que aquellos hubieren concluido contratos de trabajo temporales o mantengan una relación laboral temporal, y que pueden agruparse fundamentalmente en las que a continuación se indican.

a) Obligaciones informativas.

Se impone al empresario el deber de «informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, (...), sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores».

Aquella información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información ⁶⁷.

⁶⁶ Bajo tal perspectiva, y según doctrina constitucional contenida en sentencias 136/1987, de 22 de julio, y 177/1993, de 31 de mayo, y 104/2004, de 28 de junio, el factor meramente temporal de la duración del contrato no justifica el distinto tratamiento retributivo de los trabajadores con contrato de duración determinada en relación a los fijos, pues la simple condición eventual no conlleva ninguna diferencia en la clase de trabajo prestado.

⁶⁷ Redacción dada por Ley 12/2001, de 9 de julio (art. primero diez).

Estableciéndose además el concreto deber de los empresarios de notificar «a la representación legal de los trabajadores en las empresas los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado», cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

b) Medidas de acceso a la contratación indefinida.

Al respecto «los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales»⁶⁸. Las normas convencionales de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen «los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos».

c) Medidas de «transformación» (*ope legis*) o conversión (*ministerio legis*) de contratos de duración determinada en indefinidos y de prevención del «abuso» de la contratación temporal.

- «Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los (trabajadores) que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho».
- «Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley»⁶⁹.
- «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados que anteceden y sin ser de aplicación a los contratos formativos, de relevo e interinidad los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos».

«Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal»⁷⁰.

⁶⁸ Redacción dada por Ley 12/2001, de 9 de julio (art. primero diez).

⁶⁹ Desde antiguo la jurisprudencia viene mezclando en este supuesto multitud de casos con escasa fortuna, *vid.* una relación en SALA FRANCO (dir.) «Derecho del trabajo», Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 367.

⁷⁰ Redacción dada por Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio (art. 12.Dos).

V. LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL O INTERNO ESPAÑOL DE ACUERDO CON EL CONTENIDO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA REGULADORA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE «INTERPRETACIÓN CONFORME»

Los efectos de la Directiva y Acuerdo marco mencionados respecto al Derecho interno, adaptado o no al Derecho comunitario, esto es, en relación con todo el Derecho incluyendo las normas nacionales de adaptación, en su caso, promulgadas y publicadas por los Estados miembros a fin de ajustar su ordenamiento jurídico al contenido de la normativa comunitaria, son, según el Tribunal de Justicia comunitario, que trae a colación su doctrina general en la materia, los siguientes:

- «Al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo, en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate, para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 249 CE, párrafo tercero (...). Esta obligación de interpretación concierne a todas las disposiciones de Derecho nacional, tanto a las anteriores como posteriores a la Directiva de que se trate».
- «El principio de "interpretación conforme" exige (...) que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta»⁷¹.

Aquellos deberes vienen impuestos por Derecho comunitario primario (Tratados constitutivos, al momento actual, Constitución Europea, en un futuro, que parece inmediato) a los Estados miembros, y «no se limita a las disposiciones legales o administrativas adoptadas en el caso concreto para adaptar el Derecho interno a la Directiva»⁷², sino que también se refieren a las normas anteriores o preexistentes a la misma.

Por tanto, «la obligación de "interpretación conforme" también existe independientemente de que se haya adaptado efectivamente el Derecho interno a la correspondiente Directiva y, de ser así, en qué momento se ha hecho». Esto es, opera el deber de «interpretación conforme» al contenido de la Directiva «incluso antes de que expire el plazo de adaptación, más exactamente, (obliga) a partir de la entrada en vigor de la Directiva se que se trate»⁷³.

⁷¹ STJCE de 5 de octubre de 2003, asuntos acumulados C-397/01 a 403/01, Pfeiffer y otros.

⁷² Sobre los términos en que se debe adaptar el Derecho interno a una Directiva SSTJCE de 14 de septiembre de 2004, asunto C-168/03, Comisión v. España, de 28 de abril de 2005, asunto C-410/03 Comisión v. Italia y 16 de junio de 2005, asunto C-456/03 Comisión v. Italia.

⁷³ Precisa la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en el escrito de conclusiones presentado el día 27 de octubre de 2005, asunto C-212/04, conclusiones 44, segunda parte, y 45. Punto en el que debe destacarse que no obstante aquella ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, en su conclusión 44, primera parte, afirmaba que la obligación de adaptación surge «como muy tarde, al expirar el plazo de adaptación señalado en la Directiva. Los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden en ningún caso esperar hasta la adaptación efectiva y eventualmente tardía del Derecho interno a la Directiva».

Se justifica aquel deber de «interpretación conforme» al contenido y propósito de las Directivas «incluso antes» del transcurso del plazo de adaptación, en los siguientes términos ⁷⁴:

- «Las Directivas producen efectos jurídicos desde el mismo momento de su entrada en vigor. Desde ese momento son obligatorias para los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse (art. 249 CE)».
- «Habida cuenta del principio de fidelidad comunitaria expresado en el artículo 10 CE (...), ya durante el periodo de adaptación los Estados miembros deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva» ⁷⁵.
- «El artículo 10 CE establece además, en su apartado 1, una obligación positiva de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas, es decir, de hacer todo lo necesario, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado».

Ciertamente, en el supuesto de Directivas, a las que deba adaptarse el Derecho interno, esa obligación comunitaria de alcanzar el resultado perseguido se genera ya en el mismo momento de su entrada en vigor. En ese momento, existe ya «la obligación de adoptar todas las medidas generales y particulares apropiadas para alcanzar el resultado que la Directiva prevé y se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales» ⁷⁶.

Siendo cierto que los objetivos de una Directiva «también son obligatorios para el poder judicial de los Estados miembros desde el momento de su entrada en vigor», el Tribunal de Justicia comunitario precisa lo siguiente:

«El carácter vinculante de los objetivos de la Directiva para los Tribunales nacionales no significa que aquellos estén obligados a dejar inaplicadas normas nacionales preexistentes a esa Directiva antes de que transcurra el plazo de adaptación del Derecho interno».

Añadiendo el mismo Alto Tribunal comunitario, mediante una perífrasis tan de su gusto y usual en sus discursos argumentativos:

En la línea expuesta debe destacarse la posición del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en el asunto C-81/05, el cual en la conclusión 24 de las presentadas el 27 de abril de 2006, indica lo siguiente, «a pesar de que corresponda al ordenamiento de cada estado miembro definir el concepto de "retribución", el órgano jurisdiccional sigue estando obligado, no obstante a interpretar el Derecho interno de modo acorde con el Derecho comunitario, incluidas las Directivas (...) que hayan entrado en vigor antes de que tengan lugar los hechos del caso de autos, pero cuyo plazo de incorporación no haya expirado aún».

⁷⁴ En el asunto C-212/04, conclusiones 47-53.

⁷⁵ STJCE de 8 de mayo de 2003, asunto C-14/02, ATRAL.

⁷⁶ STJCE de 2 de junio de 2005, asunto C-15/04, Koppemsteiner.

Que «sin embargo, este problema no se plantea en el caso de interpretación conforme a la Directiva. En efecto, precisamente cuando un juez interpreta su Derecho nacional de manera conforme a la Directiva, las disposiciones correspondientes no quedan inaplicadas, sino que, al contrario, se aplican»⁷⁷.

No obstante, cuando la normativa nacional incurre en una grosera violentación del Derecho comunitario, contrariando el principio de igualdad ante o en la ley, mediante el establecimiento de discriminaciones inadmisibles, en Derecho comunitario, entonces las consecuencias son más radicales e intensas, pues «en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría jurídica perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la categoría beneficiada», consecuentemente:

«En tal hipótesis, el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen del que disfrutaban los demás trabajadores. Esta obligación a ello con independencia de que en el Derecho interno existan disposiciones que le confieran competencia para hacerlo.»⁷⁸

Se indica que la concesión a los Estados miembros de un plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, «no impide afirmar la existencia de una obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con la Directiva a partir de la entrada en vigor de esta». En efecto:

- El hecho de que una Directiva conceda un plazo al legislador nacional no significa en absoluto que el poder jurisdiccional tenga derecho a acogerse al mismo plazo.
- Aquel plazo de adaptación está más bien destinado a tener en cuenta las dificultades técnicas de la adopción de leyes, como las que pueden producirse en el procedimiento legislativo parlamentario o en negociaciones entre los interlocutores sociales⁷⁹.

Afirmándose también que «con la aplicación del principio de "interpretación conforme" ⁸⁰ tampoco se corre el riesgo de que los Tribunales nacionales se inmiscuyan en la tarea del legislador nacional o dicten resoluciones que contradigan a este al interpretar de manera conforme con la Directiva»⁸¹, pues:

⁷⁷ Según la Abogada General, asunto C-212/02, conclusión 51.

⁷⁸ STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, Analecto Cordero Alonso. En el mismo sentido, la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/00, Rodríguez Caballero.

⁷⁹ Estos argumentos pueden verse en la conclusión 52 del escrito de la Abogada General en el asunto C-212/04, conclusión 52.

⁸⁰ STJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89, Marleasing.

⁸¹ Precisa la Abogada General, en el asunto C-212/04, conclusión 53.

- «Si antes de que expire el plazo de adaptación el juez nacional puede contribuir, a través de la interpretación de las normas existentes, a la consecución del objetivo de la Directiva, no se inmiscuye en las competencias del legislador nacional, sino que se limita a aplicar el Derecho por él creado».
- «De esta forma cumple su función genuina y realiza su aportación al cumplimiento de las obligaciones comunitarias impuestas al Estado miembro de que se trate».

Naturalmente, se precisa, «ello no hace desaparecer la obligación del legislador nacional de alcanzar el objetivo de la Directiva mediante la adopción dentro de plazo de nuevas disposiciones si así es necesario».

No obstante, aquella sólida e irreprochable argumentación que se acaba de exponer, al Alto Tribunal comunitario se muestra reticente en admitirla en toda su extensión, y partiendo de la afirmación de que «antes de la expiración del plazo de adaptación el Derecho interno a una Directiva, no cabe reprochar a los Estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma»⁸², concluye lo siguiente:

- Que «la obligación general en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar su Derecho interno de conformidad con la Directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva», y
- Que, no obstante, «la fecha en que entren efectivamente en vigor en el Estado miembro de que se trate las medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva no constituye un criterio pertinente (para aplicar el principio de "interpretación conforme"), pues tal solución entrañaría un grave riesgo de comprometer la plena eficacia del Derecho comunitario y la aplicación uniforme de dicho Derecho a través de las Directivas»: si además de efectuarse la adaptación tardía «las disposiciones pertinentes de la Directiva carecieran de efecto directo».
- Que «los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que esta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajusten a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva»⁸³.

⁸² STJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96, Inter-Environnement Wallonie.

⁸³ Llegando incluso a dejar inaplicadas las normas nacionales preexistentes contrarias a la Directiva antes de que transcurra el plazo de adaptación, se indica en la STJCE de 5 de febrero de 2004, asunto C-157/02, Rieser Internationale Transporte. Indica la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, Analecto Cordero Alonso, que «debe considerarse que en el ámbito de aplicación de la Directiva (...) no solo están comprendidas las disposiciones nacionales cuyo objetivo expreso es adaptar el Derecho interno a la Directiva sino también, desde la entrada en vigor de la misma, las disposiciones nacionales anteriores que garanticen la conformidad del Derecho nacional con dicha norma comunitaria».

Los Jueces y Tribunales nacionales están tan «intensamente» obligados a aquella «interpretación conforme», que su vínculo al Derecho comunitario les obliga incluso a tener en cuenta recomendaciones, que jurídicamente no son vinculantes, indicándose en una importante reflexión, lo siguiente ⁸⁴:

«En la medida en que el Derecho nacional permita llevar a cabo una interpretación conforme con la Directiva, por ejemplo cuando las disposiciones aplicables contengan cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados, el juez nacional debe agotar la discrecionalidad de que dispone ("margen de apreciación") a favor del Derecho comunitario».

La «interpretación conforme es inherente al régimen del Tratado (CE), en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho comunitario cuando resuelven los litigios de que conocen», concluye el Alto Tribunal comunitario.

Aquella actividad hermenéutica y aplicativa del Derecho comunitario, no obstante, no es incondicionada, y así lo reconoce el Tribunal de Justicia comunitario que apostilla a las afirmaciones anteriores lo siguiente:

«La obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» ⁸⁵.

El Tribunal de Justicia también ha abordado en reiterada jurisprudencia ⁸⁶ la espinosa cuestión de las consecuencias derivadas de la no adaptación por un Estado miembro de su ordenamiento nacional, en tiempo, al contenido de la Directiva de referencia. Para ello trae a colación su ya sólida doctrina sobre el particular, según la cual:

«El Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. A saber:

- Que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares.
- Que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva, y

⁸⁴ Asunto C-212/04, conclusiones 43 y 45 de la Abogada General.

⁸⁵ STJCE de 16 de julio de 2005, asunto C-105/03, Pupino.

⁸⁶ STJCE de 4 de julio de 2006.

- Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas»⁸⁷.

La obligación de reparar del Estado miembro renuente a la adaptación de su Derecho interno al contenido de la Directiva en el plazo establecido en la propia norma comunitaria, no impide que resulte singularmente problemática, precisa el Tribunal de Justicia, «en el caso de que alguna disposición de la Directiva carezca de efecto directo, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares»⁸⁸.

⁸⁷ STJCE de 14 de junio de 1994, asunto C-91/92, Faccini Dori.

⁸⁸ Esta doctrina general, recogida con precisión por la STJCE de 4 de julio de 2006, en cuanto que referida a la no adaptación de nuestro Derecho interno (en relación con los funcionarios y personal estatutario) a la Directiva 1999/70/CE y Acuerdo marco anexo, es aplicada por las SSTSJ de Cantabria de 16 y 30 de julio y 19 de noviembre de 2004, en las cuales se indica lo siguiente:

«1. La Directiva forma parte del Derecho Comunitario y por tanto es susceptible de ser alegada ante las jurisdicciones nacionales. Sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 del Tratado CEE (actual artículo 249) reconoce a la Directiva, excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas. De modo particular en aquellos casos en que las autoridades comunitarias hubieran, por medio de una Directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, el efecto útil de tal acto se vería debilitado si los particulares afectados no pudieran invocarla y las jurisdicciones nacionales no pudieran tenerla en cuenta en tanto que elemento de Derecho comunitario (sentencia de 4 de diciembre de 1974 del TJCE en el asunto 41/74, Van Duyn). Todo ello teniendo en cuenta que las normas del Derecho Comunitario tienen primacía frente a las de Derecho interno, puesto que, según la sentencia de 15 de julio de 1964 del TJCE en el asunto Costa contra ENEL, "no cabe (...) que la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario varíe de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas ulteriores sin poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CEE contemplados en el artículo 5.º 2 (actual artículo 10), ni provocar una discriminación prohibida por el artículo 7.º (actual art. 12). (...) Al Derecho nacido del Tratado CEE (...) no podría oponérsele por vía judicial ningún texto interno sin que perdiera su carácter comunitario y sin que se pusiera en tela de juicio el propio fundamento jurídico de la Comunidad".

2. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que "el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva (estos son los llamados 'efectos verticales' de las Directivas). Por tanto, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de aplicación adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definen derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado". "La facultad del Estado miembro de elegir entre muchos medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una Directiva no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva" (SSTJCE de 19 de enero de 1982 en el asunto Becker y 296/91, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto Francovich y otros contra la República Italiana).

3. De una Directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse obligaciones para los particulares, ni frente a otros particulares (es decir, las Directivas no incorporadas carecen del llamado "efecto horizontal"), ni, con mayor razón, frente al propio Estado (sentencias de 26 de febrero de 1986 y de 11 de junio de 1987 del TJCE en los asuntos 152/84, Marshall, y 14/86, Pretore de Saló).

4. "Los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables", entre ellas la falta de incorporación al Derecho nacional de las disposiciones de una Directiva dentro del plazo fijado, siempre y cuando concurren tres requisitos:

- Que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares.
- Que el contenido de estos derechos pueda ser identificado con precisión basándose en las disposiciones de la Directiva.
- Que exista un vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

VI. JUSTIFICACIÓN «OBJETIVA» Y ABUSO DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL «SUCESIVA» DE TRABAJADORES

La regulación comunitaria referente al trabajo temporal, constituida por la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco incorporado a la misma, según ya se indicó, establece dos grupos de previsiones singularmente destacables dirigidas a los Estados miembros que no hubieran establecido medidas legales equivalentes a las que en ella se disponen para prevenir los abusos en la contratación por tiempo determinado, que deben introducir en sus ordenamientos jurídicos internos o nacionales, aunque de forma que tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores.

Al tenor de aquella normativa comunitaria los Estados miembros habrán de adaptar sus ordenamientos jurídicos nacionales mediante la adopción, alternativa o cumulativamente, en relación con los contratos o relaciones laborales temporales o de duración determinada, como ya se indicó, alguna de las siguientes medidas:

- Determinar las «razones objetivas» que justifiquen su celebración y, en su caso, renovación.
- Establecer la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de aquella, o
- Indicar su número máximo de renovaciones.

Además, y en tanto en cuanto resulte necesario, los Estados miembros también deberán determinar, según ya se ha precisado, en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- Se considerarán «sucesivos», y
- Celebrados «por tiempo indefinido».

Este derecho a indemnización en favor de particulares, basado directamente en el Derecho comunitario, debe exigirse conforme a las normas nacionales y ante los órganos jurisdiccionales y mediante las modalidades procesales establecidas en el Derecho nacional, si bien los requisitos de fondo y forma contenidos en las normas nacionales no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden disponerse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (SSTJCE 296/91, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto Francovich y otros contra la República Italiana y de 16 de diciembre de 1993 en el asunto C-334/92, en cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña).

5. "Una autoridad nacional no puede alegar frente a un particular una disposición de una Directiva cuya necesaria incorporación al Derecho nacional aún no se ha producido. (...) Una Directiva no puede tener como efecto por sí misma y con independencia de una ley promulgada para su aplicación, el de determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones" (STJCE de 8 de octubre de 1987, dictada en el asunto 80/86, Kolpinguis Nijmegen BV).

6. "Al aplicar su legislación nacional los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro deben interpretarla a la luz del texto y la finalidad de la Directiva para así alcanzar el resultado pretendido por el artículo 189.3 del Tratado CE (actual art. 249.3)" (STJCE de 8 de octubre de 1987, dictada en el asunto 80/86, Kolpinguis Nijmegen BV)».

El mandato comunitario dirigido a los Estados miembros, resulta claro e inequívoco. No obstante, algunos aspectos de aquella regulación ha requerido de la intervención del Tribunal de Justicia comunitario, que en una inobjetable jurisprudencia de indudable trascendencia para cualquier Estado miembro, ha establecido tanto qué deba entenderse por «razones objetivas» que justifiquen las renovaciones de los contratos de duración determinada, como cuándo aquellos contratos temporales deben considerarse «sucesivos».

Asimismo, se ha detenido el Alto Tribunal comunitario en dilucidar las consecuencias derivadas de la obligación, impuesta a los Estados miembros, de prever la transformación de los contratos de duración determinada en contratos de duración indefinida cuando se produzca en aquella contratación abuso de derecho, y si acaso la indicada normativa comunitaria autoriza que se establezcan excepciones en función de quién sea el empleador.

Concretamente y en el último de los aspectos señalados, se ha planteado la jurisprudencia comunitaria si siendo el empresario una Administración pública o una entidad de aquella naturaleza, aquella estaría obligada en los mismos términos que si se tratase de un empresario privado y, en su caso, en qué medida la normativa comunitaria le resultaría de insoslayable aplicación.

1. Sobre las «razones objetivas» que justifican la renovación sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

Qué deba entenderse por «razones objetivas» que justifiquen la renovación de contratos de duración determinada no tiene fácil respuesta. La jurisprudencia comunitaria, al hilo de precisas cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas, ha resuelto aquella cuestión, no sin antes precisar el alcance de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco anexo a la misma sobre la estabilidad en el empleo, destacando la dicotómica relación entre contrato de trabajo por tiempo indefinido y contrato de trabajo por tiempo determinado, e indicando que aquella normativa, que es tanto como decir el Derecho social comunitario:

- a) Parte de la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma normal de la relación laboral, aunque reconoce al mismo tiempo que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades.
- b) Concibe la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores, y que los contratos de duración determinada solo en ciertas circunstancias pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.
- c) Pretende imponer unos límites a la «utilización sucesiva» de los contratos de duración determinada, considerados fuentes potenciales de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la «precarización» de la situación de los asalariados.
- d) Considera que una utilización de los contratos de trabajo de duración determinada basada en razones objetivas constituye una forma de evitar «abusos».

Con ese punto de partida la determinación de qué deba entenderse por «razones objetivas» que justifiquen la celebración y concatenación sucesiva o renovación de contratos de trabajo de duración determinada, se vuelve nuclear. En concreto, se plantea la jurisprudencia comunitaria si acaso el mero hecho de que la celebración de un contrato de trabajo de duración determinada venga impuesta o autorizada por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro puede constituir una de esas razones «objetivas» justificativas, de la celebración y renovación o concatenación de tales tipos contractuales.

Precisa el Alto Tribunal comunitario, que en el Acuerdo marco, incorporado a la Directiva 1999/70/CE, no se define el concepto de «razones objetivas» que justifiquen la concertación sucesiva o renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada, razón por la cual, según establece en su sentencia de 4 de julio de 2006 ⁸⁹, su sentido y su alcance deben determinarse en función del objetivo perseguido por dicho Acuerdo, así como del contexto en que se inscribe el concreto precepto comunitario (cláusula 5 del Acuerdo marco citado) ⁹⁰ que alude a semejantes «razones objetivas».

Con más precisión se indica ⁹¹ que semejante omisión definitoria determina que los Estados miembros y los interlocutores sociales, en su caso, si bien gozan de un «amplio margen de discrecionalidad para dotar de contenido a ese concepto, teniendo en cuenta las particularidades de los respectivos Estados miembros, sectores, ocupaciones y actividades», resulta que «conforme al artículo 249 CE, apartado 3, dentro de ese margen están vinculados a los objetivos de la Directiva y Acuerdo marco que le acompaña en anexo (pues) la propia Directiva 1999/70/CE impone, en su decimoséptimo considerando, el requisito de que las definiciones establecidas por los Estados miembros respeten el contenido del Acuerdo marco».

Es cierto, asiente el Tribunal de Justicia, que «el Acuerdo marco remite a los Estados miembros y los interlocutores sociales para la determinación de las modalidades detalladas de la aplicación de los principios y reglas que establece, a fin de garantizar que aquellas respeten el Derecho y las prácticas nacionales y que se tengan debidamente en cuenta las peculiaridades de cada situación concreta», precisando lo siguiente:

«Aunque los Estados miembros disponen así de un margen de apreciación en esta materia, no es menos cierto que se encuentran obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario, tal como se deduce, no solo del artículo 249 CE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70/CE, interpretado a la luz del decimoséptimo considerando de esta».

Añadiéndose ⁹² una precisión más que estimable a las anteriores observaciones, en línea con lo ya expuesto por el Alto Tribunal comunitario, en el sentido de que la Directiva y el Acuerdo marco anexo:

⁸⁹ Asunto C-212/04.

⁹⁰ SSTJCE de 7 de junio de 2005, asunto C-17/03, VEMW, otros y de 9 de marzo de 2006, asunto C-323/03 Comisión v. España.

⁹¹ Por la Abogada General, en el asunto C-212/04, conclusión 56.

⁹² Por la Abogada General, en su conclusión 57, asunto C-212/04.

- «Reconoce(n) expresamente que los contratos laborales de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores».
- «No se oponen a los regímenes nacionales que permiten, para determinados sectores y ocupaciones o actividades, la creación de relaciones laborales de duración determinada o incluso las imponen expresamente, debido a las peculiaridades de determinados sectores, como la función pública».

En estos supuestos ⁹³ «la razón objetiva para celebrar un contrato de duración determinada se encuentra precisamente en las peculiaridades que se consideran características del empleo en ese sector, ocupación o actividad. Las razones objetivas pueden consistir, además, en el interés en reinserter a determinadas personas – por ejemplo, desempleados de larga duración o desempleados mayores de cierta edad– en el mundo laboral».

Por todo ello y dado que el concepto de «razones objetivas» se refiere «a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan a una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización de contratos de trabajo de duración determinada», ha de convenirse, según precisa el Tribunal de Justicia comunitario ⁹⁴, en lo siguiente:

- Que aquellas circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en aquellas características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro, y
- Que, en cambio no cumpliría tales requisitos una disposición nacional que se limitase a autorizar la utilización de contratos de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto a través de una norma legal o reglamentaria.

Efectivamente, concluye el Tribunal de Justicia:

- a) «No es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil ⁹⁵ del Acuerdo marco (recogido e integrado en la Directiva), una disposición legislativa, reglamentaria o convencional de aquellas características. Esto es, de carácter meramente formal y que no justificase específicamente la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada por las existencia de factores objetivos derivados de las particularidades de cada actividad y de las condiciones en que aquella se desarrolle», y
- b) Además una disposición de esa índole, «entraña un riesgo real de suscitar una utilización abusiva de este tipo de contratos».

⁹³ Precisa la Abogada General, en su conclusión 57, asunto C-212/04.

⁹⁴ STJCE de 4 de julio de 2006.

⁹⁵ SSTJCE de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, Royer, de 12 de septiembre de 1996, asuntos acumulados C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95, Gallottu y otros.

«Más concretamente», añade el Alto Tribunal comunitario, la utilización de contratos de trabajo de duración determinada sin otra base que una norma legal o reglamentaria de carácter general (o convencional, debe añadirse, dadas las características de nuestro ordenamiento jurídico ⁹⁶), no relacionada con el contenido concreto de la actividad correspondiente, no permitiría extraer criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos:

- Responde efectivamente a una necesidad auténtica.
- Permite alcanzar el objetivo perseguido.
- Resulta indispensable para alcanzar aquel objetivo.

Por ello, precisa la jurisprudencia comunitaria ⁹⁷, «aceptar que una disposición nacional pueda justificar, de pleno derecho y sin mayores precisiones, la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada», equivaldría a lo siguiente:

- A «ignorar voluntariamente la finalidad del Acuerdo marco, que consiste en proteger a los trabajadores contra la inestabilidad en el empleo», y
- A «vaciar de contenido el principio que establece que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de la relación laboral».

La noción misma de «razones objetivas» exige, a juicio del Alto Tribunal comunitario, «que la normativa nacional justifique la utilización de este tipo particular de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad de que trate y de las condiciones en que esta se desarrolla», proscribiendo la «utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada cuya única justificación radique en haber sido establecida por una disposición legal o reglamentaria general de un Estado miembro» ⁹⁸.

2. La concatenación simple y la concatenación «sucesiva» (o «sucesión») de contratos de trabajo de duración determinada.

Aludir a «concatenación sucesiva», constituye una redundancia. No obstante y dado que no toda concatenación de contratos temporales es relevante a los efectos de constituir «abuso de dere-

⁹⁶ Como indica la STC 280/2006, de 9 octubre, recogiendo una sólida jurisprudencia constitucional «en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no solo porque se negocia por y entre sujetos dotados de una representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito».

⁹⁷ STJCE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04.

⁹⁸ Véase nota 97.

cho», parece procedente, aun a riesgo de incurrir en una cierta incorrección gramatical diferenciar entre «concatenación simple», sin trascendencia para la estabilidad en el empleo y «concatenación sucesiva» que, afecta al principio de estabilidad en el empleo constituyendo «abuso de derecho» o «fraude de ley»⁹⁹, proscritos por los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil.

Efectivamente, el concepto de «sucesión» es uno de los conceptos jurídicos relevantes del Acuerdo marco, citado, que no tiene como finalidad principal evitar la conclusión de relaciones laborales por tiempo determinado aisladas, sino que su meta es, aparte de mejorar la calidad de tales relaciones laborales de duración determinada, evitar los abusos a que pueden dar la acumulación de tales contratos.

En los supuestos de sucesión de varias relaciones laborales de duración determinada existe el riesgo de que se eludan las relaciones laborales de duración indefinida, que los interlocutores sociales consideran modelo de relación laboral, y por ello se suscita el problema del abuso de derecho¹⁰⁰.

2.1. Delimitación del supuesto de «sucesión» injustificada de contratos de trabajo por tiempo determinado en el Derecho comunitario.

La jurisprudencia comunitaria¹⁰¹ se adentra en el concepto de contratos (o relaciones laborales) de duración determinada «sucesivos», pronunciándose sobre una disposición de un Estado miembro (Grecia), según la cual los contratos de trabajo de duración determinada solo podían considerarse sucesivos si no estaban separados por un intervalo superior a veinte días laborables.

Ciertamente aquella disposición legal (griega) da ocasión para plantear *pari passu* y cambiando lo que deba ser cambiado la misma cuestión en relación con nuestro ordenamiento jurídico, aplicando, en su caso, las soluciones que al respecto ha arbitrado la jurisprudencia comunitaria.

La previsión normativa antes aludida, sin duda, es del máximo interés para nuestro sistema jurídico¹⁰², cuando se advierte que este ha sido interpretado por una reiterada jurisprudencia en el senti-

⁹⁹ Sobre el «fraude» de ley DE CASTRO, F., *op. cit.*, págs. 369 y ss.; El «abuso» de derecho «incluye un sentido desproporcionado en la aplicación del derecho, hasta el punto que su acepción académica se define como "el ejercicio de un derecho con ánimo de hacer daño a otro", significando así su vertiente punitiva sobre aquella de la simple reclamación de un derecho, bien que este pudiera perjuicio para un tercero de manera indirecta», indica PINTO FONTANILLA, J.A., «La desviación de poder, el fraude de Ley y el abuso de derecho», en «Raíces de lo ilícito y razones de ilicitud» (SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., y HOYO SIERRA, I.A., editores), Dykinson, Madrid. 2005, pág. 57.

¹⁰⁰ Conclusión 64 de la Abogada General, en el asunto C-212/04.

¹⁰¹ STJCE de 4 de julio de 2006.

¹⁰² Bien que para ello parte el TJCE de la previsión normativa contenida en una determinada legislación nacional (griega). No puede olvidarse que cuando se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional de un Estado miembro una cuestión de interpretación del Tratado CE o de los actos derivados adoptados por las instituciones de la Comunidad, dicho órgano puede pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (SSTJCE de 21 de marzo de 2002, asunto C-451/99, Cura Anlagen, y de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold), en base al artículo 234 CE, que establece un procedimiento que constituye un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación de Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de los que conocen (STJCE de 12 de junio de 2003, asunto C-112/03, Schmidberger).

do expuesto ¹⁰³. Esto es, que «no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior al tiempo de caducidad, 20 días hábiles» (según alguna jurisprudencia SSTs de 9 de octubre de 1979, 6 de julio y 28 de septiembre de 1998 y 10 de diciembre de 1999; También STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2002) ¹⁰⁴, o incluso, concurriendo concretas circunstancias, aunque existiese una interrupción superior los contratos de duración determinada no dejarían de ser «sucesivos» (SSTs de 29 de mayo de 1997 y 10 de diciembre de 1999) ¹⁰⁵ bien que la actual indiferencia a la solución de continuidad tenga reflejo legal en determinados supuestos («con o sin solución de continuidad», indica el art. 15.5 del ET).

¹⁰³ Ha precisado el TS que en los supuestos de sucesión ininterrumpida de contratos temporales, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación (SSTs de 13 de octubre de 1998; 30 de marzo de 1999; 15 de febrero de 2000; 15 de noviembre de 2000), tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de varios contratos de trabajo de duración determinada sin una solución de continuidad significativa (SSTs de 20 y 21 de febrero, 5 y 29 de mayo, 2 de julio y 17 de noviembre 1997; 1 de marzo y 6 de julio de 1998; 16 de abril y 29 de septiembre de 1999 y 15 de febrero de 2000), con interrupción inferior al tiempo de caducidad, aunque medie finiquito (SSTs de 10 de abril de 1995, 17 de enero de 1996, 16 y 30 de marzo y 29 de septiembre de 1997; 16 de enero y 13 de octubre de 1998; 15 de noviembre de 2000 y 18 de septiembre de 2001. Sin embargo, la conclusión es diversa cuando aquel plazo sea mayor, porque no procede tomar en consideración los períodos de tiempo servidos bajo la cobertura de un contrato cuando entre él y el siguiente medió un plazo superior a 20 días (STS de 22 de junio de 1998), pues «transcurrido el plazo para impugnar la extinción contractual, sin que el trabajador afectado haya intentado la impugnación del cese, aquel contrato queda definitivamente extinguido y no produce efecto alguno. Y no puede posteriormente beneficiarse de efectos de aquel contrato, a no ser que en el correspondiente convenio colectivo se disponga otra cosa» (STS de 28 de febrero de 2005), la base de tal aserto es la doctrina reseñada respecto de que cuando entre dos contratos temporales media un período de inactividad superior a los 20 días establecidos en el artículo 59 del ET como plazo válido para el ejercicio de la acción de despido, solo procedía examinar la validez de los contratos posteriores a la última interrupción por tiempo superior al ya referido de los 20 días (SSTs de 29 de mayo de 1997; 6 de julio de 1998; 22 de abril de 2002 y 28 de febrero de 2005). Entre la jurisprudencia menor cabe destacar la STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2005.

¹⁰⁴ Las SSTs de 30 de marzo de 1999, 29 de septiembre de 1999 y 15 de febrero de 2000 señalan que en «el tiempo de servicio a que se refiere el artículo 56.1 a) del ET sobre la indemnización del despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma. Tal situación de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando (...) entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido». Criterio seguido con anterioridad por el propio TS en sentencias de 12 de noviembre de 1993, 10 de abril de 1995 y 22 de junio de 1998, recaídas en procesos en los que se discutía la cuantificación del complemento de antigüedad, y que resulta aplicable tanto si ha habido irregularidades en la contratación cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de contratos sin una significativa solución de continuidad, tal y como declaró la STS de 25 de enero de 2001.

¹⁰⁵ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2004 y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 28 de febrero de 2006. Indica la STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2005, que «aunque exista un período de interrupción de la actividad laboral de 38 días naturales desde el cese formal en 11 de marzo de 2002 y el reinicio de la relación en 18 de abril de 2002, no constando el disfrute de ese período vacacional en 2002, y teniendo en cuenta además que durante ese período tuvieron lugar las fiestas falleras, las de semana santa y Pascua, concluimos con que las interrupciones fueron breves y fraudulentas». Precisa la STS de 20 de marzo de 1993, que «una relación laboral indefinida, (...), manifestada en el marco de una serie de sucesivos y casi consecutivos contratos temporales, no puede sufrir una ruptura definitiva (...) por el mero hecho de que el lapso de tiempo entre el último de los llamados eventuales y el de fomento de empleo sea de más de 20 días. Así lo impide la apreciación conjunta de circunstancias tales como son: a) El propio marco de contratación aparentemente temporal (a través de sucesivos contratos) en que se inserta la relación laboral indefinida; b) La proximidad en el tiempo, casi inmediatez, entre los dos últimos contratos temporales (entre los que mediaron en un caso menos de 20 días hábiles, y en el otro solo siete días hábiles más de los 20 que pretende hacer valer la recurrente); c) El permanente desempeño del mismo puesto y de la misma actividad laboral por las trabajadoras. Todo ello evidencia, en la perspectiva de una visión global de las vicisitudes habidas en las relaciones habidas entre las partes, la unidad del vínculo laboral establecido entre cada trabajadora (...) y la empresa, que se define por las notas de continuidad (práctica consecutividad) en el tiempo y homogeneidad en la actividad laboral desarrollada».

Con la consideración de los contratos de trabajo de duración determinada como concatenados sucesivamente aunque el espacio entre la finalización de cada contrato y el inicio del siguiente exceda de los veinte (20) días, la jurisprudencia supera la confusión entre plano procesal y el sustantivo o material. Efectivamente, «desde el momento que tanto el artículo 59.3 del ET como el artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral hablan de días hábiles, le están dispensando al plazo para ejercitar la acción por despido el mismo trato que a los plazos procesales, con lo que pasa a ser secundaria cualquier controversia sobre la naturaleza procesal o sustantiva de dicho plazo»¹⁰⁶, y la «concatenación sucesiva» de contratos de duración determinada plantea cuestiones de abuso de derecho y fraude de ley que, desde luego, participan de ambas naturalezas.

Retomando el discurso comunitario, según aquella jurisprudencia, la normativa europea (Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco, insertado en su anexo, cláusula 5, apartado 2), «encomienda, en principio a los Estados miembros la misión de determinar en qué condiciones los contratos de trabajo (o relaciones laborales) de duración determinada:

- "Se considerarán sucesivos", por una parte, y
- "Celebrados por tiempo indefinido" por otra».

Efectivamente, el Acuerdo marco, al igual que ocurría con la noción de «razones objetivas», según ya se indicó, «no contiene ninguna definición del concepto "sucesivos", y se deja en manos de los Estados miembros la tarea de definirlos»¹⁰⁷.

Decisión remitatoria que, según el Alto Tribunal comunitario, «se explica por el afán de preservar la diversidad de las normas nacionales en esta materia», no obstante lo cual, recuerda aquel Tribunal comunitario, que «el margen de apreciación atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o efecto útil del Acuerdo marco (Directiva-Acuerdo marco). En particular, las autoridades nacionales no deben ejercer esta facultad de apreciación del tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo».

Interpretación que «se impone con especial vigor tratándose de un concepto clave», en el Derecho social comunitario, como es el de las relaciones laborales «sucesivas», y «que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo marco (Directiva-Acuerdo marco)». En esa idea el Alto Tribunal comunitario efectúa la, sin duda trascendente, afirmación siguiente:

¹⁰⁶ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 21 de junio de 2005. Bien que una confusa doctrina jurisprudencial le atribuya naturaleza sustantiva, así se dice que «regulada, para el despido, en el precepto denunciado como infringido en relación con el artículo 103.1 de la LPL, ha de tenerse en cuenta que tiene carácter sustantivo (STC de 4 de febrero de 1987)» (STSJ de Extremadura de 19 de abril de 2001), o que «tratándose de un plazo, el de caducidad, sustantivo y no procesal, conforme así se resuelve en la citada STS de 14-6-1988» (STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2005), doctrina que debe compararse con la sentada en la STS de 4 de octubre de 2005, que parece inclinar definitivamente el tema hacia la naturaleza procesal de la acción por despido.

¹⁰⁷ Indica la Abogada General, en su conclusión 65.

«Una disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos de trabajo de duración determinada separados por un intervalo máximo de veinte días laborables puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo marco (...), una definición tan rígida y restrictiva de las circunstancias en que unos contratos de trabajo seguidos deben considerarse "sucesivos" permitiría mantener a los trabajadores en una situación de empleo precario durante años, ya que, en la práctica, al trabajador no le quedaría otra opción, en la mayoría de los casos, que aceptar interrupciones de unos veinte días laborables en la cadena de contratos celebrados con su empresario».

Sustitúyase la referencia a «disposición» por «jurisprudencia» y la pertinencia y oportunidad del criterio del Alto Tribunal comunitario, que se acaba de exponer, para la resolución de la situación planteada por una no irreprochable doctrina de nuestro Tribunal Supremo, naturalmente seguida por la de los órganos jurisdiccionales inferiores, se muestra evidente.

Señala la jurisprudencia comunitaria que el Acuerdo marco debe interpretarse a la luz de su finalidad, que se identifica con el de la Directiva, y que no es otra que la de evitar los «abusos», y ese objetivo «es incompatible con una definición tan estricta del concepto de "sucesivos" que deje fuera de su ámbito de aplicación una parte considerable de los casos de relaciones laborales de duración determinada que se concatenan y, de esta forma, prive prácticamente de contenido la definición elegida», indica el Tribunal de Justicia comunitario.

En efecto, «si únicamente se consideran "sucesivas" las relaciones laborales de duración determinada celebradas con un intervalo de, como máximo, 20 días, es fácil eludir el objetivo de protección de los trabajadores frente a los abusos perseguidos por el Acuerdo marco. Basta con esperar veintiún (21) días laborables antes de concluir con el mismo trabajador otro contrato de trabajo (...). Un plazo tan corto y tan rígido permitiría mantener durante años una relación de empleo con cortos intervalos de únicamente veintiún (21) días laborables, sin que tales supuestos quedaran comprendidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales de protección contra los abusos. En última instancia se daría con ello, precisamente, un pretexto para la utilización abusiva de los contratos laborales de duración determinada»¹⁰⁸.

Así, afirma el Alto Tribunal comunitario¹⁰⁹, «al expirar cada contrato de duración determinada, al empresario le bastaría con dejar transcurrir un intervalo de solo veintiún (21) días laborables antes de celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza para impedir automáticamente la transformación de los contratos sucesivos en una relación laboral más estable, sea cual sea el número de años durante los cuales se haya contratado al trabajador de que se trate para ocupar el mismo puesto de trabajo y con independencia del hecho de que dichos contratos cubran necesidades, no de duración determinada, sino por el contrario "permanentes y duraderas"».

Añadiéndose que además «un régimen que permitiera indefinidamente una ocupación con unas interrupciones anuales de 21 días podría generar en la práctica relaciones laborales permanentes con

¹⁰⁸ Precisa en el asunto C-212/04, conclusiones 67 y 68 la Abogada General.

¹⁰⁹ STJCE de 4 de julio de 2006.

vacaciones anuales no retribuidas, especialmente en los Estados miembros o en sectores de actividad en los que las vacaciones anuales se disfrutaban mayoritariamente en un mes determinado, por ejemplo, en agosto. Esa práctica sería contraria al artículo 7 de la Directiva 2000/88/CE»¹¹⁰. Por ello, concluye al Tribunal de Justicia comunitario, que el Derecho comunitario:

«Se opone a una normativa nacional (...) que considera que únicamente deben calificarse de "sucesivos" (...) los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte (20) días laborales».

2.2. La «transformación» de los contratos «sucesivos» de duración determinada en un contrato de trabajo o relación laboral por tiempo indefinido, según la normativa comunitaria. Su carácter sancionador.

Afirma la jurisprudencia comunitaria¹¹¹, que aun cuando el Acuerdo marco obliga a los Estados miembros a adoptar al menos una de las medidas mencionadas en dicho instrumento jurídico, destinadas a prevenir eficazmente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada sucesivos, aquel Acuerdo marco:

«No impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, así como tampoco determina las condiciones específicas en la que pueden utilizarse estos últimos contratos».

Continúa la misma jurisprudencia comunitaria precisando, que cuando el Derecho comunitario no establece sanciones específicas para el caso en que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que:

- No solo deben resultar proporcionadas,
- Sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.

Además, aquellas medidas deben ser consecuentes con el «principio de equivalencia» y con el «principio de efectividad».

¹¹⁰ Asunto C-212/04, conclusión 70, siguiendo la jurisprudencia sentada en las SSTJCE de 26 de junio de 2001, asunto C-173/99, BECTU, y de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/91, Merino Gómez.

¹¹¹ STJCE de 4 de julio de 2006.

- Según el «principio de equivalencia», las medidas adoptadas no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno.
- Por razón del «principio de efectividad» no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario ¹¹².

Ciertamente, aun cuando el Acuerdo marco no impone la transformación o conversión de los contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en un contrato de trabajo o relación laboral por tiempo indefinido, cuando a pesar de todo se ha producido una utilización abusiva de los contratos de duración determinada, es indispensable, «poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario», afirma la jurisprudencia comunitaria.

Es precisamente en la consideración de la «transformación» de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, donde la doctrina del Tribunal de Justicia se torna no irreprochable al evocar el recurso a la sanción ¹¹³ como inevitable. Efectivamente, el Alto Tribunal comunitario parte, con discutible acierto, de que «si un Estado miembro consigue evitar de antemano tales abusos (utilización "sucesiva" de contratos de duración determinada), por ejemplo, adoptando una norma que no permita siquiera que se produzca, cabría imaginar incluso la posibilidad de prescindir de toda sanción» ¹¹⁴.

Constatándose que aquella posibilidad es ilusoria, y dado que una de las finalidades de la Directiva 1999/70/CE «es la de evitar eficazmente los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada», no existe otro remedio «eficaz», concluye el Tribunal de Justicia comunitario, que el de «imponer sanciones».

La argumentación mediante la cual se afirma el Alto Tribunal comunitario que el Acuerdo marco no precisa la naturaleza ni los detalles de las eventuales sanciones es del sumo interés para nuestro ordenamiento jurídico.

Según se precisa, «el hecho de que la transformación de las relaciones laborales de duración determinada en relaciones celebradas por tiempo indefinido no se mencione especialmente como una posibilidad (de establecerla como medida sancionadora)», determina que el contenido de aquel Acuerdo marco no impida ni excluya que se puedan establecer «otras medidas», cuyo carácter sancionador puede ser discutible, tales como «la concesión de indemnizaciones a los trabajadores afectados» ¹¹⁵.

¹¹² STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto C-312/93, Peterbroek.

¹¹³ *Vid.* FALCÓN y TELLA, M.^a J. y FALCÓN y TELLA, F.: «Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?», Marcial Pons, Madrid-Barcelona. 2005.

¹¹⁴ Por la Abogada General, en asunto C-212/04, conclusiones 75-79.

¹¹⁵ Indica la Abogada General en el asunto C-212/04, conclusión 79.

Añadiéndose que «si la existencia de la propia sanción es libre, con mayor motivo pueden los Estados miembros decidir libremente qué requisitos deben cumplirse para poder aplicar una sanción determinada», y precisándose que «si los Estados miembros optan por la transformación de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido, tal transformación no tiene por qué imponerse en todos los casos, sino que puede limitarse a supuestos de abusos especialmente graves».

En este último supuesto el carácter «sancionador» de la «transformación» de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo o relación laboral por tiempo indefinido resultaría indudable, y eso es precisamente lo que ha hecho el legislador español, estableciendo un supuesto en el que la intención sancionadora de la conducta del empresario por el uso abusivo de contratos temporales es evidente.

En los demás supuestos en que el legislador español ha impuesto aquella «transformación» puede lícitamente cuestionarse su naturaleza sancionadora, aun cuando aquella medida tenga como presupuesto necesario la sanción civil de nulidad de alguno de los contratos «concatenados sucesivamente», pero, en sí misma, la «transformación» consecuente de los contratos de trabajo por tiempo determinado «concatenados» en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, puede estimarse una consecuencia propia y natural de nuestro ordenamiento jurídico, consistente en la aplicación de la normativa general sobre «conversión» de los negocios jurídicos nulos.

2.3. Efectos de la «sucesión» de contratos de trabajo de duración determinada en el sistema laboral español.

Nuestro ordenamiento jurídico, en la transformación de contratos de trabajo temporales, «sucesivos», en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido diferencia entre un supuesto tal que se considera de especial gravedad y singularmente «abusiva» o «fraudulenta» la conducta del empleador imponiendo (se presume) la concatenación de contratos de trabajo por tiempo determinado, y los demás supuestos en que se produce un mero «abuso» de derecho o la existencia de simple «fraude» de ley en la «concatenación sucesiva» de contratos de trabajo de duración determinada.

La diferenciación entre aquellos dos grupos de supuestos y el tratamiento jurídico consecuente que el ordenamiento jurídico les depara no es baladí. Efectivamente, en el primer supuesto puede aludirse a la implantación en nuestro sistema jurídico laboral de una medida sancionadora favorecedora de la estabilidad en el empleo, en el segundo supuesto, por contra, no se impone por la ley una sanción, una medida punitiva, sino que el respeto al «principio de estabilidad en el empleo» se logra mediante el recurso a una singular conversión¹¹⁶ contractual, que en sí misma no constituye sanción alguna, por más que su punto de arranque sea la determinación de la nulidad, que sí es una sanción civil, de uno, de varios o de todos los contratos de trabajo de duración determinada concatenados «sucesivamente».

¹¹⁶ Vid. DE Castro, F., *op. cit.*, págs. 486-491.

Se trata de un sistema de medidas «asimétrico», pues si en un caso se establece una medida sancionadora de «transformación» contractual de contratos de trabajo temporales en un contrato o relación laboral indefinida, en otros se establece la conversión de contratos de trabajo «sucesivos» de duración determinada «nulos», en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, lo que no constituye una medida sancionadora.

Concretando, ha de repararse en que la modificación legislativa producida por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de julio, y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que añaden un nuevo apartado, el 5, al artículo 15 del ET ¹¹⁷, se ha llevado a cabo «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 ¹¹⁸» del mismo precepto. Consecuentemente, desde esa modificación legislativa, en materia de las consecuencias asociadas a la «sucesión» de contratos de duración determinada, pueden diferenciarse, los siguientes supuestos bien diferenciados, a saber:

- a) Supuesto en el que se impone la «transformación», *ope legis*, de los contratos por tiempo determinado concatenados en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, como medida sancionadora. Acaece cuando se impone la «adquisición» de la condición de trabajadores fijos de quienes hayan estado contratados «sucesivamente», mediante contratos de trabajo eventuales o para obra o servicio determinado y en determinadas circunstancias, (lo que implica, conlleva o presupone una novación *ope legis* de los contratos sucesivos temporales en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido), que se estima constituyen una conducta «abusiva» o «fraudulenta» de la contratación temporal singularmente grave.
- b) Supuestos de «conversión» ¹¹⁹ de contratos de trabajo temporales concatenados «sucesivamente» en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido. Sucede, *ministerio legis*, cuando uno cualquiera, varios o de todos los contratos de duración determinada «sucesivos», devienen nulos por fraude de ley ¹²⁰ imperativa y prohibitiva, siguiendo la normativa general en materia de obligaciones y contratos de nuestro ordenamiento jurídico (art. 6.3 y 4 del CC en relación con el art. 15 del ET).

¹¹⁷ Según la disposición adicional segunda (régimen de entrada en vigor de la limitación del encadenamiento de contratos temporales), de la Ley 5/2006, lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley del ET será de aplicación a los trabajadores que suscriban tales contratos a partir de la entrada en vigor de aquel Real Decreto-Ley, y respecto de los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el vigente a la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley, que fue el día de su publicación en el BOE, el 14 de junio de 2006.

¹¹⁸ «2. Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

¹¹⁹ Sobre la conversión de los negocios jurídico DE CASTRO, F., *op. cit.*, págs. 486-491.

¹²⁰ «Es en principio una acción revestida de legitimidad, en tanto no infringe ni viola ninguna regla. Si es contraria, sin embargo, a algún principio, y lo es en la medida en que este dé cobertura o fundamento a la regla en cuestión (...). El fraude de ley es un acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de un tercero (...). No hay pues una vulneración de la regla en cuestión, sino del sentido de la misma a la luz de la consecuencia final, o de las razones últimas de la propia regla, desde la interpretación del principio que le da cobertura (...). La opinión común de la doctrina entiende que no es necesario que haya intención fraudulenta para que exista fraude de ley», indica PINTO FONTANILLA, J.A., *op. cit.*, págs. 53-54.

En este último supuesto como «la causa (de uno, de varios o de todos los contratos de duración determinada "concatenados sucesivamente"»¹²¹) está viciada por el fraude, hasta resultar ilícita, habrán de aplicarse las disposiciones propias de esta situación»¹²², imponiéndose entonces la «conversión», *ministerio legis* (art. 15.3 del ET), en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, con la finalidad de asegurar la vigencia del «principio de estabilidad en el empleo», de los contratos de trabajo celebrados contrariando la normativa laboral imperativa, conculcando la prohibición legal de utilizar los tipos contractuales de duración determinada en supuestos y para fines distintos de los que para cada uno de aquellos está establecido y, en definitiva, procurando defraudar la norma que establece la indefinición del contrato de trabajo, sin que aquella «conversión» tenga connotaciones sancionadoras (por más que sí las tenga la declaración de nulidad).

2.3.1. Adquisición *ope legis* de la condición de fijos de los trabajadores contratados «sucesivamente» mediante contratos eventuales o para obra o servicio determinado, cuando concurren determinadas circunstancias.

Este primer supuesto encubre una auténtica sanción, por más que el legislador no aluda expresamente al carácter punitivo de la medida, encaminada a impedir conductas «abusivas» especialmente graves en la contratación por tiempo determinado, limitándose aquel legislador simplemente a indicar en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2006 y de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que mediante tal modificación legislativa se procura atender al «objetivo prioritario» de «reducir la temporalidad», acudiéndose para ello al señalamiento de unos «límites temporales para los sucesivos contratos de este carácter que puede suscribir una empresa con un trabajador»¹²³, obviando calificar la medida utilizada.

Efectivamente, el nuevo apartado 5, del artículo 15 del ET, como ya se indicó, establece que los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de «trabajadores fijos».

Es indiferente para que se produzca la «transformación» referida en este apartado que los «sucesivos» contratos estén ajustados causalmente al tipo contractual correspondiente (eventuales o para obra o servicio determinado), si bien en el supuesto de desajuste causal operará, en su caso y supletoriamente, la «conversión» de los contratos concatenados en un solo contrato de trabajo o relación laboral por tiempo indefinido.

¹²¹ Indica PÉREZ REY, *op. cit.* pág. 405, que «la solución que finalmente parece haberse consolidado en la doctrina del TS e aquella que admite practicar el control individual de cada uno de los contratos que integran la serie o secuencia contractual, descartando entonces que solo el último contrato temporal sea susceptible de revisión». SSTS de 20 de febrero de 1997, 25 de marzo, 5 de mayo y 17 de noviembre de 1997, 21 de enero, de 1998, 17 y 25 de marzo de 1999, 9 de julio y 24 de septiembre de 2001, entre otras.

¹²² DE CASTRO, F., *op. cit.*, pág. 370, *vid.* págs. 249-250 sobre la ineficacia por causa ilícita.

¹²³ Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2006, apartado IV, séptimo párrafo.

Los requisitos para que se opere, *ope legis*, la «transformación» de los contratos de duración determinada suscritos (dos o más), en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, adquiriendo consiguientemente el trabajador la condición de «fijo» en la empresa, son los siguientes:

- Que se trate de un trabajador que hubiere estado vinculado con la misma «empresa» (parece que utilizado el término como sinónimo de «empresario»), directamente o mediante puesta a disposición por una empresa de trabajo temporal.
- Mediante dos o más contratos temporales, con las mismas o diferentes modalidades de duración determinada. Eventuales o para obra o servicio determinado (concreción que viene dada porque la propia norma excluye de su ámbito de aplicación a los contratos «formativos, de relevo e interinidad»)
- Que aquellos contratos, de cualquiera de las modalidades antedichas, fueran «para el mismo puesto de trabajo y con la misma empresa».
- Que aquellos contratos «fueran sucesivos».
- Que la «sucesión contractual» se hubiera producido, con o sin solución de continuidad, durante un plazo superior a veinticuatro meses en un período de treinta meses.

El aspecto más cuestionable de esta nueva regulación viene constituido porque el tipo (la descripción de la conducta sancionable) dudosamente satisface los requisitos mínimos que en un Estado de Derecho son exigibles para imponer una sanción, al extremo de que probablemente el tipo descrito y, desde luego, la imposición de la sanción misma constituya una violación de derechos y libertades fundamentales. La problemática está en la antijuridicidad y en la culpabilidad, que no parecen ni incontrovertibles ni manifiestas, pues la celebración de dos o más contratos eventuales y/o para obra o servicio determinado, con un mismo empresario y para un mismo puesto de trabajo, no puede presumirse, sin más y en todo caso, «abusiva», «fraudulenta», y, por consiguiente, devenir ilícita, sino que se trata de un auténtico prejuicio del legislador, sin fundamento alguno incontrovertible, puesto que puede constituir un comportamiento ajustado a Derecho y a los parámetros éticos generalmente admitidos.

Además de la crítica fundamental que acaba de exponerse, resulta que la utilización por la norma de la denominación de contratos «temporales» y de «duración determinada», como sinónimos, no es irrefutable, por las siguientes razones:

- Porque históricamente en el sistema laboral español han existido contratos temporales cuasi-generales, como una categoría diferente a los contratos de «duración determinada», subsistiendo una modalidad residual singular, y no pudiéndose desechar la reaparición de la modalidad temporal cuasi-general «dados los tiempos que nos ha tocado vivir» de globalización económica, consecuentemente la redacción del apartado 5 del artículo 15 del ET no dejaría de inducir a confusión.

- Porque aquella confusión, es actual y real respecto de las relaciones laborales especiales que previenen la posibilidad de la contratación temporal o incluso es obligatoria, y respecto de las cuales el ET se aplica supletoriamente (p. ej. , en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, arts. 4.1, 9.2 y disp. adic. del RD 1424/1985, de 1 de agosto, o en la relación laboral de carácter especial de deportistas profesionales, arts. 4 y 6 del RD 1006/1985, de 26 de julio ¹²⁴).

La afectación de este supuesto de transformación única y precisamente a las modalidades contractuales temporales de contratos eventuales y para obra o servicio determinados, parece que choca frontalmente con las previsiones de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, con la cual difícilmente parece que pueda armonizarse sin desequilibrios serios para aquel importante sector de nuestra economía.

Asimismo, la referencia que se efectúa, en la descripción de la conducta sancionada, a la conclusión de contratos temporales concatenados para ocupar el «mismo puesto de trabajo», así como a que aquellos hayan sido concluidos con la «misma empresa», sin que se haya utilizado el término empresario, no dejará de plantear problemas tanto en los grupos de empresas, máxime si se tiene en cuenta que la mayoría de los empresarios, o al menos la mayoría de las empresas que recurren a la contratación temporal son «empresarios polisocietarios», esto es, grupos de empresas, como en los supuestos de «sucesión de empresas».

Añade el artículo 15.5 del ET la siguiente previsión, «atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal». Disposición sin duda polémica, por cuanto:

- Por una parte, parece plausible al procurar el establecimiento, por primera vez en nuestro sistema jurídico, de un sistema preventivo de la elusión del «principio de estabilidad en el empleo» mediante la contratación sistemática y concertada de contratos de trabajo eventuales o para obra o servicio determinado, con distintos trabajadores, «para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal».

¹²⁴ Vid. DE LA VILLA, L.E.: «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar» y «Los deportistas ante el Derecho del Trabajo», estudios recogidos en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria». CEF, Madrid. 2006, págs. 807-841 y 779-804, respectivamente.

- Por otra parte, puede desembocar en la atribución de un poder general sancionador o al menos limitativo de derechos individuales, a sujetos privados (interlocutores sociales), que de actualizarse podría agravar la situación de desamparo, «abuso» y sometimiento a poderes jurídico-políticos privados a los que ya se ven subordinados, en nuestro ordenamiento jurídico, los trabajadores.

2.3.2. La «conversión» de contratos de trabajo de duración determinada «sucesivos» en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido y otros efectos.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS de 20 de febrero de 1997, 21 de febrero de 1997, 25 de marzo de 1997, 5 y 29 de mayo de 1997 recogida sistemáticamente por la jurisprudencia menor SSTSJ de Galicia de 9 de enero de 1998, de Murcia de 11 de febrero de 1998 y de Cantabria de 20 de abril de 1999), ha venido tradicionalmente dando gran importancia a la «solución de continuidad», para afirmar o negar el carácter «abusivo» de la contratación temporal. Su posición sobre el alcance del control de legalidad que al respecto deben realizar los órganos de la jurisdicción social en relación con los contratos de trabajo de duración determinada cuando se presentan en una serie contractual, puede resumirse en los siguientes términos:

- Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos.
- Si se ha producido una interrupción en la sucesión contractual superior a los 20 días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces solo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad.
- En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido.
- No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos, en supuestos singulares y excepcionales en los que se acredite una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, la unidad esencial del vínculo laboral.

La constancia de la extinción de la relación laboral de cada uno, o solamente de alguno, de los «sucesivos» contratos de duración determinada, en un documento de «finiquito», en absoluto interfiere en las consecuencias derivadas de aquella utilización «sucesiva», pues según doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 19 de junio de 1990 y 28 de febrero de 2000, entre otras) «la firma de un finiquito en el que se alega causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral ha de entenderse que manifiesta negocio jurídico con causa torpe, lo que ha de determinar su carencia de eficacia, impidiendo que pueda ser considerado como manifestación de mutuo disenso, esto es, firmado dicho finiquito como liquidación de un contrato temporal que se extingue por vencimiento del plazo pac-

tado y declarado que tal contrato era indefinido, dicho finiquito solo alcanza el valor de liberador de las cantidades que se declaran percibidas por su firmante sin ninguna otra trascendencia relativa a la extinción del vínculo contractual»¹²⁵.

Pero los efectos de la concatenación de contratos de duración determinada, cuando no se dan los requisitos establecidos en el apartado 2.3.1 anterior, no son siempre los mismos. Efectivamente, en nuestro ordenamiento ha de tenerse en cuenta que aquellos efectos pueden ser muy diferentes, pudiéndose distinguir los supuestos que a continuación se indican.

2.3.2.1. «Sucesión» de contratos de trabajo de duración determinada, con incumplimiento causal.

La sucesión de contratos de duración determinada determina, si va acompañada del incumplimiento de los presupuestos causales o requisitos básicos de uno o de varios de los «sucesivos» contratos de que se trate, «puede llegar a comportar, igualmente, la conversión del contrato temporal en indefinido». Se dice entonces:

- Que «la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal, sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.5 del ET», y
- «Que la fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otro u otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos, en sí mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido, de modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran intercomunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los artículos 3.5 y 15.3 del ET».

Efectivamente, viene admitiéndose por la jurisprudencia que la «celebración de contratos en cadena deviene en una relación de carácter indefinido, cuando se produce alguna irregularidad en cualquiera de los contratos concatenados, afirmándose que el fraude de ley no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*)»¹²⁶.

Esto es, aunque el último contrato se atuviera a todas las exigencias legales, su extinción por expiración del tiempo o la realización de la obra convenida habrá de considerarse realmente como un despido improcedente (SSTS de 9 de junio y 4 de julio de 1988 y 3 de noviembre de 1993), lo que necesariamente determina la necesidad de analizar la legalidad de la secuencia de todos los con-

¹²⁵ En similar sentido, las SSTS de 19 de junio y 6 de julio de 1990 y 29 de marzo de 1993, establecen que «carece de eficacia el recibo de saldo y finiquito que se suscribe después de que la empresa comunicara al trabajador su cese por terminación del contrato temporal, cuando dicho contrato se había celebrado en fraude de ley, encubriendo una relación laboral de carácter indefinido».

¹²⁶ STS de 21 de marzo de 2002. En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2005.

tratos suscritos por el trabajador, ya que la transformación de la relación indefinida en temporal se considera vedada por el artículo 3.5 del ET, circunstancia que se da cuando se constata el carácter permanente de la necesidad que el empleador cubra mediante contratos temporales (SSTS de 18 de marzo de 1991, 27 de enero de 1992 y 29 de marzo de 1993) ¹²⁷.

La serie contractual es abusiva y fraudulenta porque uno, algunos o todos los contratos de duración determinada concatenados «sucesivamente» son nulos, por causa ilícita al haberse incorporado la «causa» (en cuanto que razón o motivo objetivo) de la temporalidad concreta, según el tipo de contrato de duración determinada, a la causa del contrato. Esa ambivalencia en la utilización del término causa ha sido fuente de confusiones ¹²⁸ que se manifiesta también en la jurisprudencia.

Con dudoso acierto, se indica que «el contrato temporal requiere necesariamente un término», el cual «rige la vigencia del contrato, al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo, sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supere la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal» ¹²⁹.

En otro caso, se produce una «transformación» que constituye una «conversión material legal» ¹³⁰, de los contratos concatenados «sucesivamente» en un solo contrato de trabajo o relación laboral indefinida, que se produce *ministerio legis*, pues «es impuesta expresamente por la Ley, atendiendo a las circunstancias del caso, y en la que se evita la ineficacia negocial, entendiendo lo querido conforme a su posibilidad de eficacia jurídica» ¹³¹, evitándose la iniquidad que resultaría para el trabajador si se declarase el(los) contrato(s) sin efecto jurídico alguno, nulo(s), atendiéndose al propio tiempo a la vigencia y plena efectividad del principio de estabilidad en el empleo.

El razonamiento de nuestra jurisprudencia es que al alterarse fundamentalmente la causa del contrato(s) que forma parte de la «sucesiva serie contractual», deviene(n) nulo(s) siendo además el(los) contrato(s) fraudulento(s), así como la serie contractual misma, en cuanto se está(n) utilizando con una finalidad no temporal conforme a los tipos contractuales utilizados, pero ese(os) contrato(s) y la «sucesión» contractual, es(son) susceptible(s) de provocar los efectos propios de otro tipo contractual, el contrato de trabajo por tiempo indefinido, que es la norma que se ha querido defraudar y siendo así que el fraude de ley obliga a aplicar esta última norma ¹³², la «conversión» contractual es obligada ¹³³.

¹²⁷ En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 1998.

¹²⁸ Vid. PÉREZ REY, J., *op. cit.* págs. 255-259.

¹²⁹ En este sentido, la STS de 5 de mayo de 2004.

¹³⁰ DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 487.

¹³¹ Véase nota 130.

¹³² De ahí que se afirma por la STS de 10 de noviembre de 1994, que «el fraude de ley no se presume, por lo que celebrados los diversos contratos con atenuamiento a las normas que los regulan, el hecho de que los mismos sean reiterados no implica fraude alguno».

¹³³ Indica la STS de 20 de febrero de 1997 que conviene en primer lugar tener en cuenta que el carácter prevalente de la realidad o efectividad de la relación laboral sobre la cobertura formal de los contratos laborales que la expresan –arts. 8.º.1 y 9.º del ET– ha conducido (...) a estimar siempre que en las series de contratos temporales masivos que responden a una

Ese razonamiento atenderá a una «interpretación conforme» de la legislación y jurisprudencia comunitarias, cuando se requiera la conjunta consideración de la alteración de la causa del(los) contrato(s) y su «sucesión» no justificada, produciéndose aquella alteración incluso cuando considerado individualmente un contrato no es causalmente ilícito, pero la mera concatenación o «sucesión» descubre la ilicitud causal de todos los contratos intervinientes en la licitud serie o cadena sucesiva por atenderse mediante esa concatenación a una necesidad permanente en la empresa. Aquella posición de nuestra jurisprudencia no «permite diferenciar, desde el punto de vista de control, al contrato aislado de aquel otro que se incluye dentro de un marco de contratación temporal sucesiva. Y sin embargo la realidad muestra que esos fenómenos no son equiparables desde el momento en que la sucesión contractual ha constituido y constituye el mecanismo más común de burla de la estabilidad»¹³⁴. Por ello la jurisprudencia ha llegado a las conclusiones, no irreprochables, siguientes:

- Aun tratándose de sucesión de contratos de duración determinada, si no se den los requisitos del apartado 2.3.1 anterior, pueden ser considerados cada uno independientemente, extinguiéndose sucesivamente en razón a su causa de su temporalidad, eso sucede «en los supuestos excepcionales en los que "de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos" (*arg. ex art. 15.2 ET*) o "salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación" [*arg. ex art. 49.1c*] párrafo 3.º ET]» (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2000).
- Negándose también que «puedan considerarse fraudulentas las posteriores contrataciones realizadas que responden a las mismas modalidades contractuales (si) cumplen, lo mismo que las precedentes, los requisitos legalmente impuestos, habiéndose extinguido el contrato de naturaleza eventual formalizado en último término en la fecha que a tal efecto se con-signa expresamente en el contrato» (STSJ de Cantabria de 20 de abril de 1999).

misma relación laboral, cuando cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia, con carácter necesario la relación laboral deviene en indefinida, cualquiera que sea el contrato temporal de los celebrados, el defectuoso, por aplicación de los artículos del ET 15.3 y 3.º.5. Y, por ello, las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido, carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes. Este criterio constante (...) ha sido llevado a la doctrina unificada, entre otras, por las Sentencias de 18 de mayo y 20 de junio de 1992, 29 de marzo, 21 de septiembre y 3 de noviembre de 1993. Esta última dice expresamente: «El objeto del litigio no puede quedar limitado al examen de la validez del último contrato, como si hubiera sido el único suscrito, sino que por el contrario ha de examinarse la secuencia total de los sucesivos contratos partiendo del inicialmente suscrito para comprobar si reúnen los requisitos iniciales de validez». Pues tratándose de una sola relación laboral continua, si esta, en cualquier momento, adquirió el carácter de indefinida, no pierde esta condición por la celebración de nuevos contratos temporales, por ser irrenunciable este derecho al contrato laboral indefinido. Cierto es, que la interrupción de la relación de trabajo entre unos y otros contratos plantea el problema de si responde a una causa real o por el contrario se produce para dar la apariencia de nacimiento de una nueva relación, en este último supuesto la doctrina de la Sala ha entendido que la relación es la misma, y que la interrupción no es valorable, en este sentido es de citar la Sentencia de 10 de mayo de 1994 que considera que una breve interrupción no debe servir para convalidar una terminación carente de causa ni para desvirtuar el carácter indefinido que había alcanzado la relación laboral así mantenida, pues conclusión contraria no sería conciliable con lo que establece el artículo 3.º 5 del ET. El último contrato no constituyó relación laboral distinta de la antes existente sino que persiguió eludir las consecuencias derivadas de la fijeza lograda en la preexistente que se mantenía».

¹³⁴ PÉREZ REY J., *op. cit.*, pág. 405.

El fraude de ley también se da cuando se comete la irregularidad al amparo de un grupo empresarial, que realmente actúa frente al trabajador ocupando la posición de un solo y único empresario, no obstante lo cual se vale de la personalidad jurídica individualizada de sus distintas sociedades integrantes del grupo al objeto de instrumentalizar la continuada relación de trabajo, fragmentándola artificialmente mediante el encadenamiento de modalidades de contratación temporal, imposibles empero de usar legítimamente por una misma empresa.

La figura del grupo empresarial, por tanto, se puede utilizar con fines fraudulentos de la normativa laboral imperativa, resultando «convertidos», en tal caso, los sucesivos contratos temporales mediante los que se haya dado cobertura formal a la prestación de servicios por parte del trabajador al carecer todos de causa típica justificativa. De suerte que esa pluralidad de contratos celebrados a nombre de las diversas entidades no puede impedir (art. 6.4 del CC) que la relación de trabajo deba reputarse de duración indefinida en aplicación de los artículos 15.3 del ET (STSJ de las Islas Baleares de 31 de mayo de 2000).

Al igual que la concatenación abusiva puede producirse mediante un grupo de empresarios aparente o formal, que encubre a un solo o único empresario real (el grupo de empresa, a efectos laborales, como empresario), también puede producirse la «sucesión» proscrita mediando diferentes trabajadores, por más que la jurisprudencia no lo haya estimado así¹³⁵. Ciertamente nada impide que con ánimo de defraudar la estabilidad en el empleo un empresario alterne contratos incluso de diferentes modalidades con algunos trabajadores de manera sistemática, que así pueden verse abocados a una extrema precariedad socio-laboral.

2.3.2.2. Concatenación de contratos de duración determinada sin incumplimientos causales. Efectos.

La sucesión de contratos de duración determinada, si no va acompañada de irregularidades en la contratación, salvo en el supuesto del apartado 2.3.1, no produce, según nuestra jurisprudencia, la derivación de aquellos contratos a un solo contrato o relación laboral indeterminada, sino que únicamente producirá determinados efectos, que si bien pueden aproximarse prácticamente más o menos intensamente al fenómeno de la conversión (p.ej., para el cómputo de la antigüedad, lo cual sin duda es de la máxima relevancia para el cálculo de la indemnización pertinente por despido¹³⁶, o a efectos

¹³⁵ Vid. BALLESTER PASTOR, I., «La jurisprudencia del TS en torno a la concatenación contractual: declaraciones de principios y quiebras en un contexto de precariedad laboral», *AS*, núm. 9, 2000.

¹³⁶ Las SSTSJ de Madrid de 22 de diciembre de 1998, 21 y 29 de enero de 1999 y 10 de febrero de 2000, esta última siguiendo la doctrina establecida en las SSTS de 16 de abril y 16 de marzo de 1999, establecen «la obligatoriedad de computar todo el período trabajado sin dilaciones significativas», de tal modo que «cuando una declaración de despido improcedente han precedido varios contratos temporales la indemnización legal de 45 días por año de servicio, ha de calcularse tras una consideración conjunta y global de todos esos contratos, y no tras el análisis único del último concluido» y que en «el tiempo de servicio a que se refiere el artículo 56.1 del ET, debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma»; Vid. MARÍN MORAL, P.: «La indemnización por despido», Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra) 2003, págs. 48-49.

del período de prueba a fijar), sin embargo al faltar el desajuste causal, no se produce «conversión» alguna *ministerio legis*, de cada negocio jurídico contractual temporal, ni de la «sucesión», en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido ¹³⁷.

Semejante doctrina no se ajusta al Derecho comunitario ni se corresponde con un discurso racional irreprochable. Precisan las SSTS de 4 de julio y 10 noviembre de 1994 que la reiteración de contratos temporales no constituye por sí misma y de modo necesario fraude de ley señalando expresamente en la primera de las sentencias mencionadas que «no existe norma alguna que prohíba que a la eventualidad suceda interinidad o viceversa, siempre que en unos y otros contratos concurra la causa objetiva que justifica la temporalidad pactada».

Es cierto, ha de convenirse en que no todos los casos de encadenamiento de contratos de duración determinada han de suponer necesaria e inevitablemente fraude de ley, pero también es cierto que en tales casos la metodología de análisis y de estudio ha de ser la atinente a la «realidad concreta» o «caso concreto», para que, ponderándose adecuadamente todas las circunstancias concurrentes, pueda concluirse con razonable seguridad si una concatenación de contratos de trabajo de duración determinada encubre una relación laboral indefinida (en el supuesto de que se trate de una demanda declarativa de fijeza o indefinición del vínculo jurídico laboral) o si una extinción del último contrato de trabajo de una serie más o menos prolongada constituye una ruptura unilateral empresarial de una relación laboral por tiempo indefinido (cuando se reclame por despido nulo o improcedente).

Según la STS de 12 de noviembre de 1993, dado que la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo al amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales o indefinidos, no se produce «conversión» alguna, bien que resulte que a los efectos de la determinación de la antigüedad tampoco tenga trascendencia alguna la existencia de una corta interrupción temporal o solución de continuidad (de breves días) entre la finalización de un contrato temporal y la firma del siguiente (temporal o indefinido), incluso cuando en ellos no se realizó ninguna actividad por el trabajador.

En estos supuestos, en aras a dar contenido al principio de seguridad jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución Española establece, se ha venido considerando que dicho espacio temporal, empero, sí tiene eficacia (esto es, afecta al cómputo de la antigüedad ya devengada por el trabajador y, destruyéndola, impone el cómputo de una nueva), cuando es superior al plazo de caducidad

¹³⁷ Ejemplo singular es la STSJ de Murcia de 6 de febrero de 1998, que reitera su propia jurisprudencia (sentencias de 10 de diciembre de 1992, 23 de febrero y de 9 de marzo, de 1993, y 23 de marzo de 1994), e indica, siguiendo la doctrina del TS (SSTS de 27 de octubre de 1987, 26 de julio de 1988, 14 de octubre de 1988, 18 de julio de 1989, 5 de abril de 1990, 21 de diciembre de 1992, 24 de mayo de 1993), que «interpretando que la prohibición establecida en el artículo 5.º 3 del Real Decreto 1989/1984, de la no licitud de la contratación temporal al amparo de dicho Real Decreto, para cubrir el mismo puesto de trabajo que haya quedado vacante, dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores, por la terminación de otro contrato temporal que hubiere agotado el plazo máximo de duración legalmente previsto, dicha prohibición opera, no en relación con cualquier tipo de contratación temporal regulada en el artículo 15.2 del ET, sino tan solo, cuando dichos contratos temporales fueron otorgados como medida de fomento de empleo, al amparo de las normas que regulan tal contratación; de lo que se deduce que no existe prohibición legal para contratar, al amparo del Real Decreto 1989/1984, a un trabajador que anteriormente había estado vinculado por contrato temporal por acumulación de tareas».

(20 días hábiles) a que está sujeto la acción por despido, «lo que, a *fortiori* implica que la solución de continuidad superior a 20 días tiene también esta eficacia destructora cuando se trata de una sucesión de contratos formalizados y extinguidos con absoluto respeto a la legalidad» (STSJ de Andalucía de 9 de abril de 1999).

En el mismo orden de consideraciones se ha cuestionado la posibilidad de fijación de un período de prueba en cada contrato sucesivo, afirmándose empero la posibilidad de pactar un segundo ulterior período de prueba, «pues como ya indicaban las SSTSJ de Baleares de 27 de abril de 2000, así como la del mismo Tribunal de Galicia, de 23 de abril de 1999 y de Cataluña de 7 de agosto de 1995, lo que realmente prohíbe la Ley es que al utilizarse la forma contractual temporal, con contratos sucesivos, el período total del período de prueba pueda exceder en su conjunto del límite máximo permitido legal o convencionalmente, no así cuando exista un contrato de mínima duración, seguido de otro contrato, en que no se pueda pactar válidamente un período de prueba, siempre que en conjunto no se supere el plazo legalmente establecido» (STSJ de Andalucía de 23 de abril de 2002) ¹³⁸.

2.3.2.3. Un supuesto singular: la «sucesión» de contratos de trabajo de duración determinada en la contratación laboral de las Administraciones públicas.

La jurisprudencia comunitaria ¹³⁹ afirma que ni la Directiva 1999/70/CE ni el Acuerdo marco anexo e integrado en la misma, «impone(n) a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada» y «tampoco determina(n) las condiciones específicas en las que pueden utilizarse estos últimos contratos», dejando a los Estados miembros cierto margen de apreciación. Al extremo que no se oponen:

«A que el uso abusivo de contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público».

En esa línea nuestra jurisprudencia tiene establecido que lo dispuesto en el artículo 15.5 del ET «surtilá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable» ¹⁴⁰.

¹³⁸ En contra, STSJ de Madrid de 10 de abril de 2000, según la cual el pacto del período de prueba en un segundo o posteriores contratos es nulo dado que «las funciones desempeñadas eran las mismas que con anterioridad había ya desempeñado en la empresa (10 meses antes)».

¹³⁹ STJCE de 7 de septiembre de 2006, asuntos C-53/04 y C-180/04.

¹⁴⁰ Artículo 12 de la Ley 5/2006, apartado trece (sobre modificación del ET y por el que se da nueva redacción a la disposición adicional decimoquinta, de aquella norma, sobre «aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas»). Semejante situación ya venía siendo recogida, bien que por la vía de la concurrencia de fraude de ley por la jurisprudencia en los supuestos de contratos «sucesivos», así en la STS de 14 de marzo de 1997, se firma que «los contratos celebrados como de obra o servicio determinados, ajenos a la finalidad de suplir vacantes, que

Las peculiaridades del trabajo en las Administraciones públicas y entes de aquella naturaleza determinan una cierta proclividad a la concatenación abusiva y fraudulenta precisamente de contratos de trabajo de duración determinada, singularmente de contratos de interinidad ¹⁴¹, cuya exclusión del ámbito de aplicación del artículo 15.5 del ET ¹⁴², hace que la concatenación de tales contratos solo pueda transformarse en relación laboral indefinida, si se produce fraude de ley.

Existe reiterada y pacífica jurisprudencia según la cual cuando cualquier Administración pública infringe en la contratación de sus trabajadores las exigencias justificadoras de una contratación temporal, las consecuencias que se producen a favor del trabajador no son las que naturalmente derivan de las previsiones contenidas en los artículos 8 y 15 del ET, según las cuales adquirirá en la empresa la condición de fijo, sino que dicha conclusión ha de venir modalizada por las referidas exigencias constitucionales y por lo tanto no se alcanza la fijeza sino la situación de trabajador de carácter indefinido» ¹⁴³.

en su concertación y en su desarrollo no cumplieran los requisitos que configuran tal modalidad contractual, eran indefinidos y no fijos, dado que: "La contratación laboral en la Administración pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato por tiempo indefinido)".

¹⁴¹ Es ejemplar STSJ de Canarias del 12 de junio de 1998.

¹⁴² En torno a la interinidad en una Administración pública ha de tenerse en cuenta la doctrina de la vacante de plaza, que expone la STS de 4 de julio de 1997, según la cual, ha de tenerse en cuenta: « a) Que las irregularidades en los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas no transforman la relación laboral en indefinida; b) Que los puestos de plantilla cubiertos personalmente por contratos temporales cuando estos incurrían en defectos esenciales hacen subsistir la relación laboral en una situación de interinidad indefinida, hasta que sea cubierto el puesto reglamentariamente; c) Que los criterios precedentes, de general aplicación, no son óbice para en casos especiales aceptar que, sin cubrir puestos de plantilla, existan contratos laborales de carácter indefinido; en definitiva debe aplicarse en dichos casos de acuerdo con el artículo 4.º 1 del Código Civil las propias reglas de interinidad, vinculando la duración de la prestación a la cobertura definitiva de la plaza, lo que implica el cese del interino tan pronto la plaza vacante se cubra (STS de 22 de octubre de 1987). Lo que justifica y hace posible que se lleve a cabo una contratación temporal de carácter interino en estos casos, es tan solo el hecho de que una determinada plaza pública esté vacante y que el contrato laboral correspondiente se concierte con el fin de que el individuo contratado ocupe esa plaza hasta que la misma sea cubierta reglamentariamente. Por consecuencia, lo importante, a este respecto, es que la plaza esté realmente vacante en el momento de la contratación y a la espera de que se nombre un titular para la misma de acuerdo con las normas propias del caso, y que el contrato de interinidad quedará extinguido cuando ese titular nombrado reglamentariamente ocupe la plaza».

¹⁴³ SSTs de 22 de septiembre, 26 de octubre, 10 de noviembre, 10 de noviembre, 18 de noviembre y 21 de diciembre de 1998, 26 de enero, 15 de marzo, 25 de marzo, 30 de marzo y 5 de julio de 1999, entre otras muchas. Ha de tenerse en cuenta el razonamiento siguiente contenido en la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 10 de febrero de 1995, según la cual, «este disfraz –utilizado reiteradamente para aprovecharse del efecto de la causa extintiva prevista en el artículo 49.1 l) del ET o, mejor dicho, de su abusiva manipulación– ocultaba el designio de afectar al (trabajador), en cada una de las ocasiones pretextadas para la conclusión de los contratos temporales, a la realización de tareas constitutivas, todas ellas, del ciclo de prestaciones que, de un modo regular y continuo, obtenían los beneficiarios del derecho (...). Tareas coincidentes con las exigibles a cualquier trabajador fijo y, como tal, sujeto a los poderes de organización y dirección que los artículos 5.º c), 20.1 y 2, y 39 del ET cuidan de referir a las exigencias generales de la movilidad funcional y a las especiales de la flexibilidad laboral. El estado de cosas que subyace a esa fragmentación intencionada y desorientadora, no refleja la consecución de una serie de negocios jurídicos autónomos e inequívocamente individualizados por las circunstancias que, fuera de toda duda razonable, justificarían lo convincente e incontrovertible de las necesidades de la contratación temporal. El ejercicio de la recta razón y el buen sentido deben aplicarse, aquí y ahora, (...). La regulación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil (...) muestra cómo la sucesión masiva de contratos temporales solo pudo pensarse –por así resultar de un ponderado y elementalmente lógico discurso– con el fin de no desligar nunca

En aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse en favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección, se establece que el trabajador contratado no pueda ser considerado fijo de plantilla¹⁴⁴, por lo que está expuesto a ser desplazado por la persona en quien se den las condiciones exigibles constitucionalmente, principios que, efectivamente, consagra el artículo 103.3 de la Constitución Española¹⁴⁵.

Responde, en definitiva, aquella doctrina a una apreciación más general, válida para toda la función pública según el modelo continental, y según la cual los principios generales del Derecho de la Función Pública establecidos, en un Derecho nacional, desempeñan un papel esencial, al estar

al recurrido de una dedicación profesional caracterizada por lo ininterrumpido y habitual de las actividades en que consistía. Es una y única la relación individual de trabajo oculta tras esas apariencias. Lejos de formular su oferta contractual conforme al principio de eficacia que, estampado en el artículo 103.1 de la Ley fundamental, requería la afectación continuada del trabajador a la satisfacción de las necesidades del servicio público, el empleador vulneró el artículo 7.º 2 del Código Civil –que prohibía semejante abuso del derecho– y transgredió la regla con que el artículo 106.1 del texto constitucional encarece la adecuación de las actuaciones administrativas al cumplimiento de los fines que, en vez de privarlas de legitimidad o pervertirlas, moralizan y justifican sus varias manifestaciones. Se da, en definitiva, la sanción judicial que, a consecuencia del ejercicio abusivo del derecho a la contratación laboral, atribuye duración indefinida al contrato empañado por la conducta de la parte que ha derrochado obstinación en ocultar su naturaleza jurídica y entorpecer el diagnóstico de su fisonomía verdadera. La misma conclusión se sigue de admitir que –sin consentimiento de los litigantes y por decisión exclusiva del que, debido a las ventajas de su supremacía contractual, dominó el proceso de reclutamiento y adscripción del reclamante– este soportó la conclusión de una cadena de contratos cuya simulación encubría otra realidad jurídica disfrazada bajo su apariencia. La ordenación de los artículos 1.274 y 1.276 del Código Civil –útil para tratar los supuestos y efectos de la simulación relativa– obliga a aplicar la presunción general del artículo 15 del ET y a declarar que aquel resultó contratado por tiempo indefinido y conservó, en todo caso, la inequívoca posesión de estado de trabajador fijo que, en virtud de esta calificación, le correspondía indefectiblemente»

¹⁴⁴ «No cabe identificar contrato de duración indefinida con fijeza en la plantilla del organismo (...), pues esta queda reservada, en las Administraciones Públicas, a quienes ingresan en la misma con arreglo al procedimiento reglamentario de selección» (SSTS de 7 de octubre, 10 y 30 de diciembre de 1996, 11 y 14 de marzo de 1997).

¹⁴⁵ Recuerda la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2004; En el concreto ámbito de las Administraciones públicas la situación jurisprudencial se resume por la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2 de noviembre de 2004, en los siguientes términos: «En tanto no se reúna la cualidad de fijo de plantilla por haber accedido a la plaza mediante concurso público, la irregularidad en la contratación laboral consistente en haberla concertado en fraude de ley, aunque mantiene el efecto de convertirlo en contrato de duración indefinida (art. 15-3 ET), no otorga derecho a la permanencia del vínculo más allá de la cobertura de la plaza con carácter definitivo, ya que esta circunstancia constituye causa lícita para la extinción del contrato de trabajo, tal y como lo proclama la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 20 de enero de 1998, uniformemente mantenida desde entonces, según lo revelan sus sentencias de 21 de enero, 27 de marzo, 12 de junio, 22 de septiembre, 5, 13 y 26 de octubre, 10, 12 y 18 de noviembre, 21 y 28 de diciembre de 1998, 19 y 26 de enero, 13 y 18 de octubre de 1999, 8 de febrero y 29 de mayo de 2000, que no altera la mantenida en sus sentencias de 7 de octubre, 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo y 24 de abril de 1997, sino que se encarga únicamente de precisarla, tal y como lo señala de manera explícita la primera de ellas y, por lo demás, deviene del análisis de estas, ya que en ninguna se enjuició el ajuste a derecho de ceses producidos por cobertura definitiva de la plaza que venía ocupando el trabajador cesado. Lo que el Tribunal Supremo hace, a partir de su sentencia de 20 de enero de 1998, es precisar una de las consecuencias jurídicas que trae consigo la distinción entre fijo de plantilla y contrato de duración indefinida en el ámbito de las Administraciones Públicas, en lo que viene a suponer, desde la perspectiva de la duración del contrato, una equiparación con el trabajador regularmente contratado hasta la cobertura definitiva de una concreta vacante y que, por ello, les diferencia del trabajador con contrato indefinido en el ámbito de la empresa privada».

basado el acceso a tal función en el modelo del funcionario de carrera. Rigiendo el principio de inclusión en la correspondiente plantilla y el acceso a tales puestos se realiza con arreglo a un procedimiento reglamentario predeterminado ¹⁴⁶.

Además, en los Estados miembros «la utilización en el sector público de contratos laborales de Derecho privado, por regla general de duración determinada, están sometidos por ley a unos límites muy estrictos y, en principio, la transformación de tales relaciones laborales de duración determinada en contratos por tiempo indefinido está prohibida» ¹⁴⁷.

La admisibilidad por la Directiva 1999/70/CE y Acuerdo marco anexo, integrado en la misma, de tratamientos diferenciados por los Estados miembros para algunos sectores y ocupaciones, así como aquellas especificidades que sin duda se dan en las Administraciones públicas, y que vienen dadas por su dedicación al servicio de los intereses generales y su singular «vinculación positiva de la Administración por la legalidad» (*positive Bindung*) ¹⁴⁸, provoca precisas consecuencias.

¹⁴⁶ En este sentido se pronuncian las SSTs de 27 de marzo, 20 y 28 de abril de 1998, que indican lo siguiente: «Como dice la Sentencia de esta Sala del 7 de octubre de 1996, la contratación laboral en la Administración Pública –de la que forma parte la Administración de la Seguridad Social– realizada al margen del sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide comparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la efectuada por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de la consideración en su caso de trabajadores vinculados por tiempo indefinido, y hasta la cobertura por los trámites reglamentarios (...). Estos criterios ya habían sido mantenidos por la Sentencia del 27 de noviembre de 1989, y se aclaró entre otras en la Sentencia del 18 de julio de 1990 y aunque en la Sentencia del 18 de marzo de 1991, se indicó que las (...) Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece, ya hemos señalado, como esas sentencias anteriormente citadas han matizado el alcance de esta obligación e incluso los condicionamientos de la falta de identificación, pues es suficiente a estos efectos, (...), recogiendo la doctrina de las Sentencias del 3 de junio de 1997 y 2 de noviembre de 1994 que la identificación por vacante se realice de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado, y que el acto empresarial se realice con criterios objetivos. La evolución indicada se refleja exactamente en la Sentencia de la Sala General del 20 de enero 1998, que por ello establece la necesidad de precisar el alcance de esa doctrina. Resumidamente en la sentencia razona: 1. Que el mandato del artículo 19 de la Ley 30/1984, sobre la forma de selección del personal establece unas normas, que de acuerdo con el artículo 1.º 3 de la citada Ley, son aplicables a todas las Administraciones, normas cuyo carácter imperativo no puede desconocerse; 2. Que dichos criterios se imponen en la selección del personal laboral, y así fue desarrollado por el Reglamento (...) que en la actualidad lo autoriza el Reglamento (...), aprobado por el Real Decreto 364/1995; 3. Que estas disposiciones colocan a las Administraciones en una posición especial, en la medida que las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues ello vulneraría normas de derecho necesario y normas imperativas de selección; 4. Que en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos –el laboral y el administrativo– que han de ser objeto de una interpretación integradora, pues mientras en el primero se protegen intereses privados, en el administrativo se consagran procedimientos de selección que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público pues estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional, y de ahí que, (...) "Las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquellas se tutelan", concluyendo (...) "que el carácter indefinido del contrato no implica desde una perspectiva temporal que este no esté sometido, directa o indirectamente, a término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas"».

¹⁴⁷ Apreciaciones de la Abogada General, en su conclusión 85.

¹⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho Administrativo», T. I, en todas sus ediciones (en edición de 1986, págs. 416-417).

Efectivamente, aquella admisibilidad determina que para poder considerar conforme a la indicada Directiva-Acuerdo marco una normativa nacional que solo en el sector público prohíba transformar una concatenación de contratos de trabajo de duración determinada en un contrato o relación laboral por tiempo indefinido, o dificulte en la mayor medida la transformación que en el sector privado, ese ordenamiento jurídico deba contener, en dicho sector público, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, precisando el Tribunal de Justicia comunitario lo siguiente ¹⁴⁹:

«Privar a los trabajadores empleados por las Administraciones públicas de toda protección contra la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada iría manifiestamente más allá de lo que autoriza el tenor de la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco y sería contrario al marco establecido por dicha normativa.» ¹⁵⁰

La circunstancia de que el criterio de aplicación de la normativa comunitaria referida no responda a la naturaleza del empleador, sino que se determine en función de la naturaleza de la relación laboral que vincula al trabajador con su empresario, en absoluto impide que puedan preverse consecuencias diferentes a las de la «transformación» de los contratos de trabajo concatenados abusivamente en un relación laboral por tiempo indefinido.

Otra solución podría conducir a la limitación del alcance de la norma constitucional según la cual el acceso a los empleos públicos se produce atendiendo al requerimiento cardinal y principio fundamental de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, según los principios de mérito y capacidad.

En relación con las Administraciones públicas, «debe rechazarse el fraude de ley basado en la mera presunción de la continuidad de los contratos temporales», dice la jurisprudencia (SSTS de 23 y 25 de febrero de 1994 y 19 de enero de 1995), sin perjuicio de que el principio de igualdad imponga otros requerimientos.

En efecto, la aplicación del principio de proporcionalidad determina que una medida que establezca una distinción justificada solo puede ser conforme con el principio comunitario de igualdad de trato si los medios que emplea son necesarios y adecuados para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, que no es otro, que el de la independencia de los funcionarios y su sometimiento a la ley, como fundamento del tratamiento igual de los ciudadanos con independencia de su creencias, adscripciones políticas, religiosas, sexo, y demás circunstancias sociales o personales.

En relación con los contratos temporales de una Administración pública o entidad de aquella naturaleza, debe precisarse que cuestión diferente de la concatenación o «sucesión» injustificada de contratos de trabajo de duración determinada es la prolongación indebida de la duración de los mismos y, sus consecuencias, naturalmente distintas. No obstante al respecto se han manifestado posiciones discrepantes.

¹⁴⁹ Sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C-180/04.

¹⁵⁰ Indica el Abogado General Sr. Poiars Maduro en la conclusión 48 las presentadas el 20 de septiembre de 2005, en el asunto C-53/04.

Así la STS de 11 de diciembre de 2002, recogiendo una reiterada doctrina jurisprudencial (sintetizada en la STS de 23 de marzo de 1999), sostiene lo siguiente:

- a) Aun cuando «el límite temporal directo de la vigencia del contrato (sea) impropio de la relación su desconocimiento no determina la transformación del contrato en indefinido» (STS de 24 de junio de 1996).
- b) «No se produce transformación en contrato indefinido por la existencia de una demora en la provisión de las plazas» (STS de 24 de junio de 1996), y
- c) «El mero transcurso del plazo, cualquiera que este sea, no produce en principio el efecto pretendido de transformar la relación contractual de interinidad por vacante en contrato por tiempo indefinido» (STS de 22 de octubre de 1997).

Sin embargo, una jurisprudencia menor evaluando la trascendencia que pueda tener el hecho de que después de extinguido su contrato de interinidad continúe el trabajador la prestación de sus servicios pero ya sin soporte contractual alguno, considerando que no se puede valorar como intrascendente y denegar la indefinición, concluye lo siguiente:

«Ya que la norma genérica de indefinición vinculatoria que el artículo 15 del ET sienta se halla excepcionada en el mismo precepto por toda la diversa serie de contrataciones temporales que en la misma disposición se previenen y que una prolija legislación especializada ha pormenorizado y desarrollado (...) la simple vinculación laboral, sin estar atendida a condicionante normativo alguno, habrá de reputarse como indefinida al no estar acotada por alguna de las modalidades legales su indefinida y presumida duración (STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2002).»

Un supuesto específico es el de las sociedades mercantiles estatales, pues si bien es cierto que algunas normas, como la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas o la Ley General Presupuestaria las incluyen en su ámbito de aplicación, «esta inclusión viene dada por el carácter público de su capital que exige la aplicación de algunas normas de derecho público relativas a aspectos presupuestarios, contables y de control, pero ello no supone ni su naturaleza pública, ni permite entender que puedan gozar en materia de contratación temporal de privilegios que no están al alcance de sus competidores» Por ello, la declaración de fraude de ley en su contratación temporal:

- «Comporta la conversión del contrato en fijo de plantilla, régimen general establecido en el artículo 15.3 del ET», y
- No les resulta aplicable la doctrina sobre la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en la plantilla a resultas de irregularidades en la contratación temporal ¹⁵¹ (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 1 de septiembre de 2005) ¹⁵².

¹⁵¹ SSTs de 20 y 21 de enero de 1998, pues venía dada por el hecho de preservar que no fuera una manera indirecta de entrar en una Administración Pública sin garantizar que la selección se sometía a los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos por el artículo 103.3 de la Constitución Española por la normativa que regula la función pública.

¹⁵² Siguiendo la doctrina sentada en la SAN de 10 de febrero de 2004, y SSTSJ de Cataluña de 26 y 27 de junio de 2003 y 25 de febrero de 2004.

2.4. Sobre la presunción por tiempo indefinido de cualquier contrato de trabajo por tiempo determinado celebrado en fraude de ley y su operatividad sobre una serie contractual.

Dice la ley (art. 15.3 del ET) que «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley». Esta «conversión» tiene su límite en aquellas relaciones especiales en que los contratos son por su propia naturaleza necesariamente temporales, como sucede en la relación laboral especial de deportistas profesionales (STSJ de la Región de Murcia del 5 de diciembre de 2005).

Semejante «conversión», según la jurisprudencia, está en la base de la «transformación» de la concatenación contractual por tiempo determinado en un contrato de trabajo o relación laboral indefinida, y mejora la protección de la contratación temporal dispensada por la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco anexo a la misma¹⁵³. Pero no siempre que exista un único contrato de trabajo de duración determinada que no se ajuste fundamentalmente a los requerimientos legales, nuestro sistema laboral provoca aquella «conversión» en contrato indefinido.

La ambivalencia en la utilización del término «causa» («causa del contrato»-*versus*-razón o «causa» que justifica la temporalidad) ha determinado confusión en alguna jurisprudencia que acaba reconduciendo finalmente la «razón o causa» aludida al «plazo o término» del contrato. En esa línea alguna jurisprudencia afirma, con dudosa fortuna, que siendo así que para que la contratación laboral bajo cualquier modalidad por tiempo determinado sea ajustada a la norma es necesario el cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos, la falta de uno de ellos:

«Es causa suficiente para la nulidad, no del contrato, pero sí de la cláusula de temporalidad.»¹⁵⁴

No obstante mediante dicha aplicación de la institución del fraude de ley, llega a consecuencias semejantes a si hubiera estimado concurrente la ilicitud causal, aduciendo al respecto que por ello el contrato ha de considerarse «concertado en fraude de Ley y, en consecuencia, la relación entre las partes propia de un contrato de duración indefinida» (STS de 24 de abril de 2006).

Así ocurre, precisa la misma doctrina jurisprudencial, cuando siendo requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado¹⁵⁵, estos no se cumplimentan, pues no considera produ-

¹⁵³ Según la cláusula 8.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, los Estados miembros «podrán mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el presente Acuerdo». Cabe recordar, no obstante, que la indefinición del contrato de trabajo no supone una regresión a situaciones de cuasi-vinculación servil, pues no solo la libertad de industria sino también la de trabajo aparece proclamada por las revoluciones burguesas de finales del s. XVIII, en la francesa (1789 y declaración de 1793) especialmente, y que precisamente como extensión de la misma y corolario de la ideología subyacente a la misma se estableció en el artículo 1.583 del Código Civil que «el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo».

¹⁵⁴ Así si no se acaban de precisar las funciones a desempeñar por el trabajador, que en realidad ejerce las habituales y normales en el centro de trabajo, y que no tenían sustantividad propia

¹⁵⁵ Regulado en los artículos 15.1 a) del ET y 2.º del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla (de igual contenido en este concreto aspecto que el RD 2546/1994, que le precedió): a) que la obra o servicio que constituya su

cida la «nulidad por ilicitud» de aquel contrato ¹⁵⁶, sino simplemente de su cláusula de temporalidad, consecuentemente, afirma, el contrato para obra o servicio determinado permanece válido pero por deberse considerar celebrado en fraude de ley, deviene indefinido.

Otra doctrina jurisprudencial, tampoco irreprochable, reconduce el fenómeno de la «conversión» contractual a una singular operatividad del mecanismo de una cierta «presunción» impropia. Doctrina que puede enunciarse en los siguientes términos (STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2002):

- «La validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de esta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa».
- «Pero la temporalidad no se supone», precisa aquella jurisprudencia, «antes al contrario, los artículos 8.1 y 15.3 del ET, (...), establecen una presunción a favor de la contratación indefinida».
- De ahí que «se imponga la obligación, en garantía y certeza de la contratación temporal causal, de que en el contrato se expresen, con toda claridad y precisión, los datos objetivos que justifican la temporalidad: la obra o servicio determinado, las circunstancias de la producción, o el nombre del trabajador sustituido y la razón de la sustitución».
- Siendo «cierto, no obstante, que la forma escrita y el cumplimiento de los citados requisitos no constituyen una exigencia *ad solemnitatem*, y la presunción señalada no es *iuris et de iure*, sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido».

La operatividad de la doctrina del fraude de ley de un concreto contrato de trabajo de duración determinada, sobre la serie contractual en la que, eventualmente pueda resultar incluido, se confirma por la jurisprudencia en los siguientes términos: «cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor del artículo 3.5 del ET».

En tal caso, precisa aquella jurisprudencia, «tampoco rompe la continuidad de esa relación de trabajo, la suscripción de un recibo de finiquito —que por otro lado no refleja, normalmente, más que la liquidación de cantidades adeudadas cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado».

objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto, y, d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de este y no en tareas distintas.

¹⁵⁶ Ciertamente «la relevancia del fraude será distinta según que el resultado propuesto se centre en lograr algo en sí mismo ilícito o se limite a buscar una eficacia distinta a la propia de su finalidad», precisa DE CASTRO, F., *op. cit.*, pág. 370.

El fraude de ley en un contrato por tiempo determinado se extiende a toda la serie en la que se incluya, pues siendo el fraude «determinante para la consideración de la relación entre la partes como "la propia de un contrato de duración indefinida", las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido, carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes, aunque el fraude se produzca únicamente en el último de los contratos temporales suscritos» (SSTS de 16 de abril de 1999 y 24 de abril de 2006; STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de abril de 2005).

Lo mismo sucede, según indica la jurisprudencia, cuando los trabajadores comienzan a prestar servicios para el empresario sin formalizar contrato alguno por escrito, razón por la cual ha de presumirse indefinido en su duración, conforme al artículo 8.2 del ET, por lo que la posterior conclusión de contratos de duración determinada ha de presumirse en fraude de ley¹⁵⁷. También, si después de haber terminado la obra para la que el trabajador fue contratado, sigue prestando servicios para la empresa en una obra diferente, «se ha producido un fraude de ley y por tanto el contrato se ha transformado en indefinido¹⁵⁸.

La consecuencia de irregularidades causales en los contratos de duración determinada, aun cuando no se dé una sucesión de contratos, sino una sola y única contratación, no puede ser otra que la transformación del contrato (de duración determinada) en un contrato por tiempo indefinido, pues «es lo que resulta del artículo 15.3 del ET».

Fraus legis que no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*) sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica causalidad. Llegándose a la afirmación del «fraude sin fraude» o «fraude objetivo»¹⁵⁹. Por ello, «cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el artículo 6.4 del Código Civil: el contrato de trabajo concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido» (STSJ de Canarias de 31 de octubre de 2005).

¹⁵⁷ STSJ de Extremadura de 8 de octubre de 2001.

¹⁵⁸ Pues, dice la STSJ de Castilla y León de 18 de junio de 2001, «si bien es cierto que inicialmente el contrato que unía a ambas partes tenía carácter temporal al haberse concertado con la cobertura legal del art. 15.1 a) del ET y del art. 2 del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre (vigente en el momento en que se suscribió dicho contrato), sin embargo al llegar a su término, es decir, al haber finalizado la obra para la cual el actor fue contratado, este siguió trabajando para la empresa demandada sin solución de continuidad en otra obra, por lo que el contrato se ha transformado en indefinido, ya que la empresa debió formalizar un nuevo contrato para la nueva obra, lo que no hizo y ello supone la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 15.3 del ET, es decir, "la conversión del contrato inicialmente temporal en indefinido por haberse producido un evidente fraude de ley", añadiendo, «cierto es que el artículo 8.2.º del Convenio Colectivo de la Construcción de Valladolid vigente (...), establece que los trabajadores fijos de obra puedan prestar servicios en diferentes centros de trabajo de una misma provincia, pero para ello, es preciso que exista acuerdo expreso entre las partes, y, que no consta se haya producido (sino que), el actor una vez finalizada la obra para la cual fue contratado siguió prestando servicios para la misma empresa en una obra diferente. Por lo demandado, debe acarrear que el mismo deba considerarse como constitutivo de un despido improcedente, con las consecuencias legales que se dirán en la parte dispositiva de esta sentencia».

¹⁵⁹ Vid. PÉREZ REY, J., *op. cit.*, págs. 197-198.

2.5. *La adquisición de la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, de los trabajadores que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social.*

Según la ley adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijarse para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos. Son, pues, requisitos para que opere esta «transformación» legal, los siguientes:

- Que se trate de trabajadores contratados por tiempo determinado, en cualquiera de sus modalidades.
- Que no hayan sido «dados de alta» en el sistema de la Seguridad Social.
- Que haya transcurrido un plazo de tiempo igual o superior «al que legalmente hubiera podido fijarse» para el período de prueba.

Se trata de una novación *ope legis*, que parece implicar una presunción *iuris tantum* (no *iuris et de iure*), por cuanto admite la prueba en contrario («salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos»), pero semejante impresión es engañosa, como a continuación se indica, no se trata de una presunción sino de una sanción y no hay prueba en contrario, sino una causa de justificación, que elimina la antijuridicidad de la conducta.

Se afirma que «la contratación temporal correctamente formalizada y que atiende a verdaderas necesidades acotadas en el tiempo difícilmente puede verse condicionada por la ausencia de alta. Todo lo más se produciría aquí una alteración de las diferentes intensidades probatorias de las que deben hacerse cargo empresario y trabajador»¹⁶⁰, por ello, no puede considerarse que se trate de una presunción sino que constituye una sanción que, en puridad, tiene una finalidad extraña, la de procurar la «estabilidad en el empleo».

Efectivamente, esta «transformación *ope legis* constituye una medida punitiva, que tiene como finalidad sancionar al empresario incumplidor para con la obligación de dar de alta en el sistema de Seguridad Social a los trabajadores que entren a su servicio, a la vez de servir como acicate para que los empleadores cumplan con aquel deber que le impone el ordenamiento jurídico en materia de Seguridad Social. La circunstancia de que el trabajador esté afiliado al Sistema es irrelevante, de tal manera que si no es la primera vez que la persona trabaja por cuenta ajena, estará probablemente afiliada, por lo que el incumplimiento sancionable del empresario viene constituido por faltar a su deber u obligación legal de dar de alta en el Sistema de Seguridad Social al trabajador.

¹⁶⁰ PÉREZ REY, J., *op. cit.*, pág. 142.

La circunstancia últimamente referida elimina del supuesto de hecho sancionable a aquellos regímenes especiales de Seguridad Social en los que el propio trabajador ha de darse él mismo de alta, planteando además dos precisas cuestiones, la primera es qué sucede en los casos en que no proceda ni hubiera procedido establecer período de prueba alguno, la segunda se refiere a los supuestos en los que el trabajador empieza a prestar servicios por cuenta ajena por primera vez para un empresario, pues en ese caso se confunden los actos de afiliación y de alta.

Aquella «transformación» contractual tiene su límite de eficacia en aquellas relaciones especiales de trabajo en que los contratos son naturalmente temporales y en las que no caben los contratos por tiempo indefinido, naturalmente «sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho». Así se indica (STSJ de la Región de Murcia del 5 de diciembre de 2005), en relación con la relación laboral especial de los deportistas profesionales de que habida cuenta que «la duración del contrato solo puede ser temporal, por así imponerlo para esta clase de relaciones laborales el artículo 6 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio (no es posible), por lo tanto, (que) pueda en ningún caso transformarse (el contrato) en indefinido, aun cuando se entendiera celebrado *ab initio* en fraude de ley, y no se hubiese producido en aquel momento la preceptiva alta en Seguridad Social».