

LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA. BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2008, EN RELACIÓN CON EL EFECTO ÚTIL DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, SOBRE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA*

Rita Giráldez Méndez**

Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

En el presente artículo se analiza la evolución de la contratación laboral por tiempo determinado en España, en relación con las diversas modificaciones del ET en esta materia. El aumento o disminución de la tasa de temporalidad en España está directamente vinculada a la evolución normativa en materia de contratación. El Real Decreto 5/2006, de 9 de junio y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y crecimiento del empleo, modifican el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo en su apartado 5 la opción b) de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. La utilidad de esta importante reforma dependerá, en gran medida, de la modificación de los límites temporales en materia de contratación eventual.

Recibido.06/04/10. Aceptado: 26/05/10

* Abreviaturas: RPS (*Revista de Política Social*); TL (*Temas Laborales*); RL (*Relaciones Laborales*); AS (*Aranzadi Social*); REDT (*Revista Española de Derecho del Trabajo*); AL (*Actualidad Laboral*); DGT (*Dirección General de Trabajo*); STS (*Sentencia del Tribunal Supremo*); Ar. (*Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*); JUR (*Jurisprudencia*); RJ (*Repertorio de jurisprudencia, Aranzadi*); CES (*Confederación europea de Sindicatos*); UNICE (*Unión de confederaciones de la industria Europea*); CEEP (*Centro Europeo de la empresa Pública*); MTAS (*Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*); MTIN (*Ministerio de Trabajo e Inmigración*); ET (*Estatuto de los Trabajadores*); CE (*Constitución Española*); LPL (*Ley de procedimiento laboral*); STSJ (*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia*); TJCE (*Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*); STJCE (*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*); UE (*Unión Europea*); STCT (*Sentencia del Tribunal Central de Trabajo*); RTCT (*Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*) y RAE (*Real Academia Española*).

** Alumna de Tercer Ciclo del Área de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho

Palabras clave: Precariedad; Contratos temporales; Directiva 1999/70/CE; Transformación de contratos temporales en indefinidos; Principio de estabilidad en el empleo

Abstract

In this article, the evolution of fixed term contracts in Spain is analysed regarding the several modifications of the Workers' Statute in this issue. The increase or decrease of the temporary employment rate in Spain is directly related to the legislation evolution in the field of contracting. The Real Decreto 5/2006 of 9th June and the 43/2006 Law of 29th December for employment improvement and growth modify the article 15 of the Workers Statute introducing the b option of the 5 clause of the Directive 1999/70/CE in its point 5. The usefulness of this important reform will mainly depend on the modification of time limits in the field of temporary contracting.

Keywords: Insecure form of employment; Fixed-term contracts; Directive 1999/70/CE; Transformation of fixed-term work into open-ended contracts; Principle of Stability in employment

SUMARIO

I.- Introducción. II.- La evolución normativa de la contratación temporal. 1.- Primera etapa. La utilización de la contratación temporal como medida de fomento del empleo y la ruptura del principio de estabilidad. 2.- Segunda etapa. La tímida apuesta por los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad en la contratación temporal. III.- Los datos de la contratación temporal y del fraude de la ley. IV.- La Directiva 1999/70/CE y su transposición al derecho español. 1.- El efecto útil de la Directiva: la opción adoptada por el legislador español en relación a la normativa estatal relativa a la contratación eventual. 2.- La primera sentencia del Tribunal Supremo en la materia

I. Introducción

La omnipresencia de la contratación temporal en España constituye el caballo de batalla de los sindicatos y de la doctrina científica desde que, a partir sobre todo de 1984, la manifiesta precarización del mercado de trabajo comienza a ser desmesurada. Uno de los factores desencadenantes del problema de la temporalidad al que apunta la doctrina científica es la regulación jurídica de los contratos de duración determinada, normativa que, siendo en sí misma perniciosa, se ve agravada por los abusos de la clase empresarial.

Con frecuencia se utilizan las modalidades de contratación temporal —puestas al servicio de la cobertura de concretas y puntuales necesidades de producción y de mercado— como medio de abaratamiento del

despido, habida cuenta de la diferente indemnización que conlleva un despido sin causa de la nacida de la extinción del contrato llegado su término (fin del periodo “pactado”) o condición resolutoria (fin de la obra objeto del contrato). Si bien la jurisprudencia consolidada equipara las consecuencias de la extinción de contratos de duración determinada en fraude de ley a las del despido improcedente¹, para que el trabajador presente una demanda ante la extinción de su contrato es necesario que se dé un infrecuente requisito: el conocimiento de la regulación del artículo 15 ET y los criterios jurisprudenciales en relación al mismo.

Son dos las modalidades contractuales que mayor índice de fraude presentan²: el contrato por obra o servicio determinado y el eventual por necesidades de la producción. Y ello, pese a la estricta causalidad que la legislación exige a ambas³.

II. La evolución normativa de la contratación temporal

Numerosos autores han puesto en relación la alta tasa de precariedad en España con los modelos jurídicos de contratación temporal en sus diferentes etapas⁴. Derogada la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones

¹ Desde la reforma laboral de 1994. Hasta este momento, el despido efectuado en fraude de ley era considerado nulo. En este contexto, la extinción de un contrato temporal fraudulento conllevaba, necesariamente, la readmisión del trabajador. Por todas, STS de 4 junio 1984 (Ar. 3279).

² Además de ser las modalidades de contratación temporal preferidas por los empresarios. Cfr.: www.mtin.es: Estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración desde 1999.

³ Son tres los contratos causales que existen actualmente en la regulación laboral española: el contrato de interinidad, el de obra o servicio determinado y el eventual por circunstancias de la producción. Llama la atención que sean estos dos últimos los que presentan un mayor índice de fraude. Paradójicamente no ocurre lo mismo con los contratos formativos, no causales (sin entrar en el análisis de las relaciones laborales especiales ni del contrato temporal de fomento de empleo de personas con discapacidad). Es por ello por lo que la primera de las opciones que la cláusula 5.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada que recoge la Directiva 1999/70/CE consistente en el establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos temporales, no ha funcionado en España, pese a estar vigente desde la Ley de relaciones laborales de 1976.

⁴ La crítica al modelo jurídico de contratación temporal como factor relevante en la generación de precariedad laboral es una constante en nuestra doctrina, pese a los

laborales, en la que se consagra el principio de estabilidad en el empleo⁵, la evolución legislativa contemporánea en relación a las medidas de fomento de empleo pasa, en España, por dos etapas formalmente antagónicas⁶.

1. Primera etapa. La utilización de la contratación temporal como medida de fomento del empleo y la ruptura del principio de estabilidad

En esta fase se suceden una serie de reformas que favorecen el recurso a la contratación temporal. El mandato del artículo 35.2 CE se lleva a cabo con la promulgación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Esta Ley, en su artículo 15, mantiene los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad para la contratación temporal⁷, existentes en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, pero introduce, como novedad, el recurso a la contratación temporal coyuntural a través de una habilitación al Gobierno para utilizar aquélla

cambios legislativos que tal modelo ha experimentado. En la década de los ochenta y principios de los noventa, la tasa de temporalidad conocida fue elevándose progresivamente. En esta época, la doctrina unánimemente relacionó los datos de la precariedad con el modelo de contratación temporal inaugurado en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y consolidado con la reforma de 1984. Por todos, CÁMARA BOTÍA, A.: “Las medidas de impulso a la contratación indefinida”, en AA. VV.: *Comentario a la reforma laboral de 2006. Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, Civitas (Pamplona, 2007), pág. 46. La apuesta por la contratación temporal como medida de fomento de empleo se rompe en 1994 y, sobre todo, en 1997, pero las expectativas sobre la reducción de la temporalidad no se realizaron. Muchos autores, concluyeron que las medidas adoptadas frente a la precariedad laboral fueron ineficaces. Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “La precariedad laboral en España. Por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para la convergencia con el ordenamiento comunitario”, Comares (Granada, 2008), pág. 75.

⁵ Esta Ley señala, ya en su exposición de motivos, que “tan sólo en los supuestos que específicamente se detallan, el contrato tendrá una duración determinada, reforzándose con ésta y otras medidas que se articulan, el principio de estabilidad en el empleo en previsión, asimismo, de fraudes y otros abusos en perjuicio del trabajador”.

⁶ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “La precariedad laboral...” *cit.*, págs. 24 y ss.

⁷ Al igual que en la derogada Ley de relaciones laborales, los contratos temporales estructurales serían tres: eventual por circunstancias de la producción, obra y servicio determinado e interinidad por sustitución.

como medida de fomento de empleo⁸. Ello provoca la sucesión de una serie de decretos que propician la contratación por tiempo determinado⁹, en principio, para grupos de población con dificultades de acceso al mercado de trabajo¹⁰, pero que acaba generalizándose al permitir la utilización de la contratación temporal descausalizada para personas en situación de desempleo¹¹. En la práctica, esta normativa excesivamente permisiva respecto al uso de la contratación por tiempo determinado inicia la progresiva tendencia hacia la precarización del empleo en el mercado de trabajo español.

Posteriormente, con la reforma del ET realizada con la Ley 32/1984, de 2 de agosto (sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) se generaliza el recurso a la contratación por tiempo determinado. En esta Ley se amplía el catálogo de contratos temporales con el de lanzamiento de nueva actividad, introducido por el artículo 15.1.d) ET, así como el de relevo (artículo 12 ET). A su vez, generaliza el contrato temporal como medida de fomento de empleo en la nueva regulación del artículo 17.3 ET, en la que ya no se hace referencia a colectivos con dificultades especiales en la búsqueda de colocación efectiva.

Se puede decir que la reforma de 1984 es la última en la que se observa con claridad, en la regulación de las modalidades contractuales de duración determinada, una orientación favorecedora de las mismas. Sin embargo, un análisis riguroso de la legislación laboral como factor desencadenante de la inestabilidad en el empleo no se debe detener en las medidas que afectan directamente a la regulación de la contratación temporal. El estudio de las causas jurídicas de la precariedad del mercado de trabajo ha de tener en cuenta la normativa relativa al despido, ya que un sistema que se decante por el mantenimiento del puesto de trabajo ante

⁸ Artículo 17.3 ET, en su primera redacción de 1980.

⁹ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores (1980-1982)", RPS, núm. 137, págs. 21 y ss.

¹⁰ Así, el Real Decreto 1363/1981, de 3 julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento de empleo.

¹¹ Real Decreto 1445/1982, de 25 junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento de empleo.

los despidos injustificados es coherente con el principio de estabilidad en el empleo. En cambio, el establecimiento de una obligación indemnizatoria en lugar de la forzosa readmisión del trabajador despedido sin causa, implica una ruptura con aquel principio.

Desde esta perspectiva, en la etapa descrita en este epígrafe, merece una especial mención el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de procedimiento laboral, pese a que no afecta a la regulación de la contratación temporal. Esta norma deroga el anterior Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral, y significa un punto de inflexión en el principio de estabilidad en el empleo. Con anterioridad a la citada reforma, la jurisprudencia venía admitiendo el despido nulo¹² y, por tanto, la obligatoria readmisión del trabajador¹³. La nueva regulación del despido nulo del artículo 108 LPL 1990, estableció lo que la mayoría de los autores, así como la jurisprudencia consolidada del TS, consideraron como *numerus clausus* de supuestos de nulidad y, entre ellos, no estaba el fraude de ley¹⁴.

La transición hacia una nueva concepción del principio de causalidad en la contratación temporal y de estabilidad en el empleo, como base sobre la que se debe sustentar la regulación de la contratación labo-

¹² La argumentación se basaba entonces en la presunción de indefinición de los contratos temporales celebrados en fraude de ley del artículo 15.7 ET (en la redacción de 1984) y el artículo 6.4 Código Civil.

¹³ La jurisprudencia del despido nulo por fraude de ley fue contradictoria y se caracterizó por una progresiva tendencia a la restricción de los supuestos que conllevaban la calificación de aquél como nulo de pleno derecho. Así lo señala la STS de 2 noviembre 1993 (Ar. 8346). Cfr. SANTIAGO REDONDO, K. M.: “La extinción consensual de la relación laboral. Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación”, Lex Nova (Valladolid, 2000), pág. 202.

¹⁴ En contra de esta interpretación mayoritaria se alzan autores como SANTIAGO REDONDO, K. M.: “La extinción consensual...”, *cit.*, págs. 239 y ss.; y, en relación al artículo 15.5 ET (tras la reforma de 2006), LAHERA FORTEZA, J.: “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales” en AA. VV.: “La Reforma Laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio”, Lex Nova (Valladolid, 2006), pág. 65.

ral, es situada temporalmente en el año 1994¹⁵. La Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, deroga el Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento de empleo. Esta norma permitía la contratación temporal coyuntural de cualquier persona inscrita como demandante de empleo¹⁶. Su derogación, a través de la citada Ley 10/1994, implica una restricción en el uso del contrato de duración determinada de fomento de empleo. Sin embargo, en el mismo año se dictan dos normas que favorecen la precarización del mercado de trabajo:

A) La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, la cesión de trabajadores, cualquiera que fuese su finalidad y duración, estaba prohibida en el artículo 43 ET. La legalización de las empresas de trabajo temporal sigue la evolución de muchos países europeos, que venían permitiendo esta cesión desde mediados del siglo XX¹⁷. En España supone una nueva forma de precarización inexistente hasta este momento.

B) El Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación. Este Real Decreto introduce en su artículo 4 un nuevo contrato temporal: el contrato de interinidad por cobertura de vacante. Si bien esta regulación supone una necesidad en las Administraciones Públicas, éstas abusan con frecuencia de esta modalidad contractual de manera fraudulenta, utilizando este contrato para abaratar costes salariales sin llegar a cubrir el puesto al que se refiere por el procedimiento

¹⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “La precariedad...”, *cit.*, pág. 48. Otros sitúan el regreso a la causalidad en 1992, con la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, que amplía la duración mínima del contrato temporal de fomento de empleo. TOHARIA CORTÉS, L. (director): “El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico”, MTAS (Madrid, 2005), pág. 28. Todos ellos se refieren a reformas que implican, con mayor o menor incidencia, un cambio de perspectiva respecto a la estabilidad laboral.

¹⁶ Artículo 1 Real Decreto 1989/1984.

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ PIÑEIRO-ROYO, M. C.: “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: Crónica de un fracaso legislativo”, TL, núm. 56, pág. 179.

de selección debido, siendo numerosas las sentencias que en las que se demuestra esta práctica abusiva¹⁸.

Finalmente, es necesario hacer referencia a la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores operada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta norma no aporta un cambio real de perspectiva en cuanto al principio de estabilidad en el empleo, toda vez que mantiene la habilitación gubernamental para promover el empleo a través de la contratación temporal en el artículo 17.3 ET. A ello debe añadirse la supresión de la presunción de indefinición del artículo 15.1 ET, que provocó el debate doctrinal¹⁹ sobre si tal redacción implicaba la inexistencia de aquella presunción o si, por el contrario, la causalidad exigida para la contratación temporal, así como el *numerus clausus* de modalidades contractuales de duración determinada, significaba el mantenimiento de una preferencia legal por la contratación indefinida y de la presunción en cuestión.

2. Segunda etapa. La tímida apuesta por los principios de estabilidad en el empleo y de causalidad en la contratación temporal

Esta segunda etapa se inicia con la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Esta Ley, resultado del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 28 de abril de 1997, realiza una serie de reformas orientadas a la recuperación del principio de estabilidad en el empleo, pero no lo hace de manera contundente y, por ello, no logró los resultados que cabría esperar. Así, sucede que: 1) suprime el contrato de lanzamiento de nueva actividad y la habilitación al Gobierno para fomentar el empleo a través de la contratación temporal. Las medidas que aquél puede adoptar para el fomento del empleo se orientarán, prioritariamente, al empleo estable y a la transformación de contratos temporales en indefinidos (artículo 17.3 ET), si bien se

¹⁸ Por todas, STSJ Madrid de 25 marzo 2009 (JUR 260313).

¹⁹ 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. 55.

mantiene la contratación temporal de fomento de empleo para determinados colectivos como el de personas discapacitadas; 2) introduce reformas en los contratos de obra y eventuales (artículo 15 ET); y 3) crea el contrato de fomento de la contratación indefinida (disposición adicional primera)²⁰.

La evolución normativa en el marco de la estabilidad laboral en la etapa analizada es puramente formal. Las medidas intervencionistas se basan en el voluntarismo del empresario (que recibe determinadas bonificaciones si se acoge a los programas de fomento de la contratación indefinida) o de la negociación colectiva. Por otro lado, en este nuevo marco normativo en el que se reconoce la importancia del principio de estabilidad en el empleo, no se establece ninguna nueva sanción a los incumplimientos empresariales y no se regulan supuestos de conversión de los contratos temporales en indefinidos, diferentes de los ya existentes, hasta el año 2006.

Este formalismo se observa en el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, pues tal norma sirvió como primera transposición (aunque no lo señala) de la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo de duración determinada. En tal sentido, dicha norma introduce en el artículo 15 ET los apartados cinco²¹ (llamamiento a la negociación colectiva para prevenir los abusos en la contratación temporal), seis (igualdad de derechos de los trabajadores temporales en relación a los indefinidos²²) y siete (deber de información a los trabajadores con contrato de duración determinada sobre plazas vacantes en la empresa y derecho a la formación de estos trabajadores en la medida establecida por los convenios colectivos²³). Pero no transpone la cláusula 5 relativa a las medidas de prevención del uso abusivo de la

²⁰ Contrato orientado, realmente, a abaratar los costes del despido sin causa.

²¹ Incompleta transposición de la cláusula 5 del Acuerdo.

²² Cláusula 4 Directiva 1999/70/CE.

²³ Cláusula 6, apartados 1 y 2 Directiva 1999/70/CE. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F. (coordinador): "La reforma laboral. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006", La Ley (Madrid, 2006), pág. 92.

contratación temporal. Si bien es cierto que, ya desde 1976, la contratación estructural en España cumple, formalmente, con los requisitos de la cláusula 5.1.a) Directiva 1999/70/CE y la contratación coyuntural se puede incluir sin dificultad en la cláusula 2.2 de dicha norma, la alta tasa de temporalidad y las sucesivas recomendaciones de la UE para que se reduzca el índice de contratación temporal, aconsejan medidas más contundentes.

Lo mismo se puede afirmar de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que deroga el Real Decreto-Ley 5/2001. Dicha Ley, que se declara en su exposición de motivos como medio de incorporación al ordenamiento jurídico interno de, entre otras, la Directiva 1999/70/CE, mantiene -en lo que a contratación temporal se refiere- la regulación esencial del citado Real Decreto-Ley 5/2001. Además, esta norma, por un lado, introduce un nuevo contrato temporal, el contrato de inserción, por medio de un nuevo apartado d) en el artículo 15.1 ET; y, por otro, consolida la utilización del contrato de fomento de la contratación indefinida en su disposición adicional primera, ampliando los supuestos comprendidos en esta forma de contratación.

Al margen de la normativa relacionada con la regulación de la contratación temporal, continúan las reformas orientadas al abaratamiento del despido, que inciden directamente en la inestabilidad laboral. En este sentido, es importante referirse a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Esta norma, pese a encontrarse en la etapa de consolidación del principio de estabilidad en el empleo iniciada, formalmente, con la reforma laboral de 1997, contiene dos importantes quiebras de aquel principio:

La primera es la de la descausalización del despido²⁴, así como al abaratamiento de sus costes, al permitir al empresario reconocer la improcedencia del despido y entenderse así el contrato extinguido en la fecha de aquél²⁵, evitando de esta forma el pago de la cantidad correspondiente a

²⁴ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “El despido o la violencia del poder privado”, Trotta (Madrid, 2009), pág. 161.

²⁵ Modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 56 ET.

los salarios de tramitación. Esta reforma sigue el camino de desjudicialización del despido iniciado con el Real Decreto Legislativo 1/1995, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores e introduce, en el artículo 55.2 ET, la limitación de los salarios de tramitación a la fecha de la conciliación previa por medio del reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido.

La segunda es la introducción del artículo 145 bis LPL, mediante el cual se habilita a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a demandar al empresario cuando existan evidencias de contratación temporal fraudulenta. Con ello se persigue hacer a éste responsable del abono de aquellas prestaciones, derogando así la posibilidad que la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, sobre medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, había otorgado a la misma entidad para solicitar ante los tribunales competentes la nulidad del despido, vetada al trabajador desde la reforma de la LPL 1990.

Finalmente, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, da el paso más importante hasta el momento en materia de estabilidad laboral. Esta norma tiene su origen en el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo²⁶. La anterior norma elimina el contrato de inserción (disposición derogatoria única), amplía el ámbito subjetivo del contrato de fomento de la contratación indefinida y, sobre todo, establece un importante límite al encadenamiento de contratos temporales en el nuevo artículo 15.5 ET, optando por adaptar al ordenamiento jurídico interno la opción b) de la cláusula 5.1 Directiva 1999/70/CE²⁷.

²⁶ La reforma laboral de 2006 es el resultado de una negociación de meses. Se inicia con la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004. A esta declaración, que se presenta como “una singular concertación de la concertación”, le siguen una serie de acuerdos sobre materias concretas. El RDL 5/2006 viene a implementar el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F. (coordinador): “La reforma laboral. Comentarios...”, págs. 13 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J. (coordinador): “La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio”, Lex Nova (Valladolid, 2006), págs. 15 y ss.

²⁷ La reforma laboral de 2006 no realiza formalmente la transposición de la Directiva 1999/70/CE, que ya se había realizado en la reforma de 2001, pero es obvio que la

La evolución legislativa en materia de estabilidad en el empleo, que arranca en 1997²⁸, revela dos técnicas jurídico-políticas que inclinan la balanza hacia el lado de los intereses empresariales. Dichas técnicas son: 1) la opción por el establecimiento de bonificaciones y reducciones en la cuota de la seguridad social²⁹ de los empresarios “cumplidores” de la legislación vigente o de los que se acojan a las diferentes medidas de empleo estable³⁰, en lugar de sancionar de manera contundente a los “incumplidores”; y 2) las concesiones en relación al abaratamiento del despido como moneda de cambio al establecimiento de límites en la contratación temporal³¹.

Esta evolución legislativa es extremadamente lesiva para los derechos de los trabajadores. Si la tendencia a la reducción de los costes empresariales del despido, así como la restricción de las causas de nulidad, llega a sus últimas consecuencias, provocará que el interés empresarial por ampliar los supuestos de contratación temporal disminuya, pero,

reforma del artículo 15.5 ET se inspira claramente en dicha norma comunitaria. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F. (coordinador): “La reforma laboral. Comentarios...”, *cit.*, pág. 35.

²⁸ En este artículo se ha partido de esta fecha por considerar que es en el año 1997 donde formalmente se produce un cambio relevante en la política de empleo estable, pero no se obvian otros pasos importantes que situarían el cambio de perspectiva hacia la estabilidad en fechas correspondientes a reformas anteriores. Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “La precariedad...”, *cit.*, pág. 48; TOHARIA CORTÉS, L. (director): “El problema de la temporalidad en España...”, *cit.*, pág. 28.

²⁹ A título de ejemplo, cfr. disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 5/2001; capítulo II de la Ley 12/2001; disposición adicional octava de la Ley 42/2002; etc.

³⁰ Cfr. HERNANZ MARTÍN, V.: “El trabajo temporal y la segmentación. Un estudio de las transiciones laborales”, CES (Madrid, 2003), pág. 73.

³¹ La reforma laboral operada por Ley 45/2002, que permite al empresario eludir los salarios de tramitación y el establecimiento de un despido de 33 días de salario por año de servicio (hasta un máximo de 24 mensualidades en los contratos de fomento de la contratación indefinida), son buen ejemplo de ello. A mayor abundamiento, la reducción de costes del despido se realiza siempre para los despidos ilícitos (el reconocimiento de la improcedencia para poder ahorrar los salarios de tramitación y la necesaria improcedencia del despido objetivo en el supuesto de extinción unilateral por parte del empresario en los contratos de fomento de la contratación indefinida. Por ello, en este último supuesto no se piensa en el abaratamiento del despido objetivo, sino en el despido sin causa, ya que la alegación de razones objetivas debe ser falsa según la propia regulación legal).

correlativamente, la precariedad laboral continuará con independencia de la indefinición del contrato, ya que el empresario podrá poner fin al mismo con costes similares a los que supondría la extinción de un contrato temporal³².

III. Los datos de la contratación temporal³³ y del fraude de ley³⁴

La evolución de los contratos registrados en España desde 1985, año posterior a la primera reforma del ET, indica un inexorable aumento de la contratación temporal en relación a la de carácter indefinido. En el periodo comprendido entre la primera reforma del ET y la de 1994³⁵, los índices³⁶ de contratación temporal aumentan desde el 91,24% (1985) al 95,29% (1993), frente a la escasez de contratos indefinidos (que disminuyen del 8,76% de la contratación anual registrada en 1985 al 4,71% en 1993)³⁷.

³² Debe tenerse en cuenta que los diferentes costes que podría haber en relación a la antigüedad en supuestos de contratación temporal se han ido equiparando a los existentes en la contratación indefinida por efecto de la Directiva 1999/70/CE, que reconoce la igualdad de derechos de los trabajadores temporales e indefinidos (transpuesta en el artículo 15.6 ET) y la jurisprudencia del TJCE (asunto C-212/04). Cfr. LAHERA FORTEZA, J.: “La definitiva crisis de la jurisprudencia de los 20 días en el encadenamiento de contratos temporales a la luz de la jurisprudencia comunitaria (Comentario a la STJCE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04), RL (Madrid, 2007), pág. 568 y ss.; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, AS, núm. 18 (Pamplona, 2007), pág. 21.

³³ Fuente: Anuario de estadísticas laborales del Ministerio de Asuntos Sociales, actualmente Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es).

³⁴ Fuente: Estadísticas de la ITSS (www.mtin.es/itts).

³⁵ Ésta es la fecha que autores de reconocido prestigio sitúan como inicio del progresivo cambio de la política legislativa hacia la estabilidad en el empleo. Cfr. VALDÉS DALRÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “La precariedad...”, *cit.*, pág. 48. En este artículo se sitúa ese inicio en un momento posterior.

³⁶ Debe tenerse en cuenta que las estadísticas se refieren al número de contratos registrados anualmente y no al número total de los vigentes o existentes.

³⁷ Las estadísticas muestran, además, que la desmedida cantidad de contratos temporales registrados anualmente se concentran en las modalidades de obra y servicio, eventual y fomento de empleo, por este orden. Con la desaparición en 1994 de la modalidad contractual temporal de fomento de empleo (salvo para determinados colectivos), siguen siendo las modalidades de obra y servicio y eventual por circunstancias de la producción las que representan la mayor cantidad de contratos registrados, sin que la diferencia cuantitativa entre una y otra sea ya relevante. El resto

Tras la reforma de 1994 y hasta 1997³⁸, la tasa de contratación temporal disminuyó del 96,6% al 93%, aumentando la de la contratación indefinida del 3,4% al 7%. La variación en el crecimiento de la contratación temporal fue mucho menos relevante de lo que cabría esperar con la supresión del contrato temporal de fomento de empleo. El análisis de los datos de contratación de duración determinada indican que la desaparición de esta última modalidad contractual engrosó la cifra de contratos por obra y servicio³⁹.

Entre los años 1997 y 2001, con la eliminación del contrato de lanzamiento de nueva actividad y la aparición del nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida, la tasa de temporalidad disminuye del 93% en 1997 al 90,7% en 2001, aumentando el registro de contratos indefinidos del 7% en 1997 al 9,3%. Más de la mitad de los contratos indefinidos anuales registrados lo fueron de fomento de la contratación indefinida, notándose un progresivo aumento en esta modalidad de contratación que abarata el despido improcedente. Este paulatino crecimiento sólo sufre una pequeña recesión en el año 2000, pero incluso este año supera la mitad de los contratos indefinidos registrados.

Entre los años 2001 y 2005, (anterior a la importante reforma limitativa de la contratación temporal sucesiva), la contratación indefinida registrada anualmente desciende hasta un 8,98% de la contratación total registrada en el año 2005. Al mismo tiempo se observa un imparable ascenso del contrato de fomento de la contratación indefinida que, en el año a que nos referimos, alcanza casi los dos tercios de los contratos indefinidos suscritos. La contratación temporal aumenta hasta alcanzar el 91,02% de los contratos concertados en el año 2005.

Finalmente, desde la última reforma laboral en materia de contratación hasta el final del 2009, la contratación indefinida aumenta hasta

de modalidades contractuales de duración determinada no representa una cantidad importante. Por otro lado, existe una brecha en la comparativa entre ambos sexos, siendo las mujeres las más afectadas por la precariedad laboral.

³⁸ Año clave en la política legislativa de estabilidad en el empleo.

³⁹ El número de contratos de obra pasa de 1.557.929 registrados en 1993 a 2.209.734 en 1994. Este aumento no se observa en el resto de modalidades contractuales, y del que se puede extraer una correspondencia con la desaparición de la contratación de fomento de empleo que registró una cifra de 557.812 contratos en 1993.

alcanzar el 9,5% de los contratos registrados en 2009, mientras que la temporal descende hasta el 90,4%. Tal descenso no cumple, en modo alguno, las expectativas generadas por la reforma del artículo 15.5 ET⁴⁰.

La elevada tasa de temporalidad existente se encuentra lejos de cumplir los requisitos legales exigidos para formalizar un contrato de duración determinada. Así lo demuestran las conversiones de contratos temporales en indefinidos realizadas a través de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. En el periodo comprendido entre 2003 y 2009, pese a que las actuaciones de la ITSS se redujeron casi a la mitad, el número de transformaciones de contratos temporales en indefinidos (consecuencia de las tales inspecciones) aumentó del 9,2% en 2003 al 30,58% en 2009. Ello implica que, pese al insignificante descenso de la tasa de temporalidad entre 2003 y 2009 (0,33 puntos porcentuales), las cifras del fraude en la contratación aumentan en el mismo periodo en 21,38 puntos porcentuales.

IV. La Directiva 1999/70/CE y su transposición al derecho español

En la coyuntura descrita en el apartado anterior, y decididos el Gobierno español y los interlocutores sociales por el favorecimiento de la contratación laboral estable (de manera muy clara tras el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 28 de abril de 1997), se aprueba la Directiva 1999/70/CE, que recoge el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999.

El objeto de este apartado no es analizar todos los derechos de los trabajadores vinculados a una empresa (pública o privada) con un contrato temporal, sino hacer especial referencia a la cláusula 5 del citado Acuerdo, que impone a los Estados miembros la obligación de incorporar a su legislación interna alguna de las opciones limitativas del encadenamiento de contratos temporales establecidas en el mismo, en aras a prevenir la utilización fraudulenta o abusiva de la contratación de duración determinada⁴¹. Para la consecución de esta

⁴⁰ El mantenimiento de la tasa de temporalidad, pese a las reformas legales efectuadas, ha llevado al Consejo de la UE, en las sucesivas Recomendaciones sobre la aplicación de las políticas de empleo en los Estados miembros, a advertir esta anomalía del mercado de trabajo en España, así como a incitar a su resolución.

⁴¹ La preocupación en el ámbito comunitario por los abusos en el uso de la contratación no es nueva. Se inicia con la Cumbre de París de 1972, en la que los Estados

finalidad, el Acuerdo señala tres posibles medidas: a) el establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. Por otro lado, la cláusula 2 del Acuerdo permite excluir, del ámbito de aplicación del mismo, los contratos formativos, de inserción y de reconversión profesional.

En España, esta Directiva es transpuesta a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio (que convalida, en lo esencial, el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo), sin que esta transposición introduzca modificación alguna en relación al establecimiento de límites en las cadenas de contratos temporales. En el ordenamiento jurídico español, las modalidades principales de contratación temporal ya eran causales en el momento en que se dicta la Ley 12/2001, por lo que el Derecho interno cumplía con la primera opción indicada en la cláusula 5 del Acuerdo; y los contratos temporales no causales se incardinaban en las excepciones contempladas en la cláusula 2 de aquél⁴².

En todo caso, los datos de la precariedad laboral en España y de los abusos empresariales en relación al uso de la contratación temporal, constatados en las actuaciones de la ITSS, exigen que el Estado español adopte medidas más contundentes en relación al encadenamiento de contratos temporales, especialmente en atención a las sucesivas Recomendaciones del Consejo de la UE sobre la aplicación de las políticas de empleo en los Estados miembros.

Las estadísticas sobre la temporalidad en España indican que la alarmante tasa de temporalidad se concentra en dos de las modalidades

miembros de las Comunidades Europeas deciden impulsar una política social comunitaria, de la que surge el Primer Programa de Acción Social de 1974, en las que ya se recogían las medidas destinadas a proteger a los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal y controlar la actividad de las empresas de este tipo para prevenir abusos. Cfr. LOUSADA AROCHENA, J. F.: "La Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, para aplicar el Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, y su incidencia en el Derecho español interno", REDT, núm. 102, págs. 413 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, M.: "Las empresas de trabajo temporal en la Comunidad Europea", AL, núm. 15, págs. 281 y ss.

⁴² Salvo, quizás, el contrato temporal de fomento de empleo de trabajadores minusválidos.

contractuales causales (obra y servicio y eventual por circunstancias de la producción). Ello se debe, entre otros factores, a: 1) la propia regulación legal de las mismas, que no realiza un control previo de causalidad, recayendo la prueba del fraude en el trabajador tras una demanda previa⁴³; y 2) la flexibilización de los requisitos legales a través de la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a las exigencias de los contratos de obra y servicio determinado (ampliación del ámbito de aplicación de los contratos temporales fijos de obra⁴⁴, vinculación de la obra a la contrata o subcontrata⁴⁵ o, en fin, la quiebra general del significado de “actividad con autonomía y sustantividad propia”⁴⁶).

Como algún autor ha señalado en relación a las medidas adoptadas en la transposición de la Directiva 1999/70/CE al ordenamiento jurídico español, “la mayor o menor incidencia de cada una de las medidas mencionadas⁴⁷ para el cumplimiento del efecto útil deseado no depende de la medida en sí misma considerada, sino, y ello es bien distinto, de la conexión de aquéllas con la regulación general de los contratos de duración determinada en cada ordenamiento nacional⁴⁸”. A continuación se analizará el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE en España, en relación a la regulación del contrato eventual del artículo 15.1.b) ET.

1. El efecto útil de la Directiva: la opción adoptada por el legislador español en relación con la normativa estatal relativa a la contratación eventual

El efecto útil de las directivas comunitarias no se identifica con una transposición formal de las mismas, sino con la adecuación de las medidas

⁴³ Tras la Ley 45/2002, la entidad gestora sólo puede exigir al empresario la devolución de las prestaciones.

⁴⁴ Cfr. artículo 20 del convenio colectivo general del sector de la construcción de 2007-2011 (Resolución de la DGT 1 agosto 2007, BOE 17-8-2007); STSJ Cataluña de 21 octubre 1999 (AS 3351). Debe tenerse en cuenta que, pese a la flexibilidad actual, la propia figura de fijo de obra no siempre fue considerada legal en base a la necesidad de que la obra tuviese autonomía y sustantividad propia [STCT de 12 junio 1984 (RTCT 5237)].

⁴⁵ Por todas, STS de 15 enero 1997 (Ar. 497).

⁴⁶ Por todas, STS de 28 febrero 1996 (Ar. 2738).

⁴⁷ En relación a la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE.

⁴⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “La precariedad...”, *cit.*, pág. 9.

adoptadas por los Estados miembros en relación a la consecución de los objetivos perseguidos por aquéllas. Así se deduce de las conclusiones del abogado general RUIZ-JARABO COLOMER en el asunto C- 205/08 y la jurisprudencia citada en aquéllas⁴⁹. De la misma manera lo entiende también la doctrina⁵⁰.

En este sentido, cabe preguntarse si la transposición de la Directiva 1999/70/CE al ordenamiento jurídico español no se opone al efecto útil, tal y como se ha definido, de la misma. Es claro que la transposición operada por Ley 12/2001 no cumple tal efecto porque: 1) a pesar de las Recomendaciones del Consejo y la elevada tasa de temporalidad, no modifica la normativa en materia de prevención de abusos en la contratación temporal. Pese a que la legislación española ya se adaptaba a una de las opciones aportadas por la Directiva, tal medida se manifestó insuficiente durante décadas. Y 2) el leve aumento de la contratación

⁴⁹ El efecto útil de la norma quedaría gravemente dañado, pues “bastaría con que las autoridades nacionales fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de menor importancia para que tanto el proyecto en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento eludieran lo dispuesto en la Directiva”. De esta argumentación se deduce que la adaptación formal del ordenamiento jurídico interno a una directiva comunitaria no implica el cumplimiento de este tipo de normas cuando sus objetivos se ven frustrados.

⁵⁰ MATA SIERRA, M. A.: “El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española”, Tecnos (Madrid, 1994), pág. 17: *la doctrina jurisprudencial reconoce que en la transposición de este tipo de normas los Estados no han de someterse a ellas de modo literal, sino sólo a sus objetivos, como recalca el Tribunal de Justicia de las Comunidades en repetida jurisprudencia (Affaire 38/77, Arrêt du 23 novembre 1977; Affaire 248/83, Arrêt du 21 mai 1985; y asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991)*; PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “La responsabilidad del Estado frente a particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario”. Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), pág. 121: *la transposición incorrecta de una Directiva al ordenamiento jurídico interno supone, en la práctica, que las autoridades nacionales encargadas de llevar a cabo esa tarea adoptan una norma interna que vulnera el objetivo previsto en la norma comunitaria*. Y, en pág. 129, señala que lo mismo sucede en los supuestos en los que las normas internas vulneren, en la práctica, dichos objetivos, sin que la autoridad encargada de su transposición proceda a modificarlas; GIRÓN LARRUECA, J. A.: “Cuestiones de Derecho comunitario europeo”, Universidad de Sevilla (Sevilla, 1997), pág. 150: define el efecto útil como *la prolongación del efecto de la norma, de manera que sea coherente con su contenido, para obtener un resultado de eficacia de acuerdo con los objetivos de los tratados y con la categoría de la norma en cuestión*.

indefinida no responde a una disminución del abuso de la contratación temporal, sino al recurso al contrato de fomento de la contratación indefinida, que además de las bonificaciones en la cuota que establece su regulación, permite el abaratamiento del despido sin causa.

La Ley 43/2006, pese a no representar formalmente una transposición de la Directiva, implica una medida frente al encadenamiento de contratos temporales perfectamente acorde con la opción b) de la cláusula 5 de la norma europea comentada (artículo 15.5 ET). Pero cabe preguntarse si tal disposición es útil, en sí misma, o necesita de una complementaria reforma de los requisitos exigidos para la formalización de contratos estructurales⁵¹ y, en particular, del contrato eventual por circunstancias de la producción. Sobre dicha cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el TS en sentencia de 3 de noviembre de 2008 (Ar. 2009/383)⁵². Para responder a esta pregunta es necesario poner en relación la regulación del artículo 15.1. b) ET con la del número 5 del mismo precepto.

El artículo 15.1. b) ET establece los requisitos que caracterizan la contratación eventual: 1) *exigencia de causalidad*. Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigiera, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. 2) *Límite temporal legal de carácter supletorio*. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce, contados a partir del momento en que se produzcan esas causas. 3) *Límite temporal legal de carácter inderogable*. Por convenio colectivo podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se pueden realizar. Este último periodo será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.

⁵¹ En principio, sólo es aplicable a los contratos de obra y eventuales. Quizás también al contrato de fomento de empleo de personas discapacitadas y a ciertas relaciones laborales especiales, pero este análisis supera el objetivo de este artículo. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. (coordinador): “La reforma laboral...”, *cit.*, pág. 57.

⁵² Cfr. HERAS GARCÍA, R.: “Compatibilidad de sistemas de control de la temporalidad (Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2009/383))”, en ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (directores): *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum (Murcia, 2009), págs. 521 y ss.

4) *Límite de prórrogas, de carácter inderogable*. Se establece una única prórroga que, en ningún caso, podrá superar la duración máxima permitida, legal o convencionalmente. Y 5) *llamada a la negociación colectiva para el establecimiento de límites cuantitativos en el número de contratos eventuales*. Mediante la determinación de las actividades para las que se permite usar convencionalmente esta modalidad contractual y el establecimiento de un límite máximo de contratos eventuales en relación a la plantilla total de la empresa.

El artículo 15.5 ET establece un límite objetivo a las cadenas contractuales. El abuso de la contratación temporal llega a sus últimas consecuencias con la contratación sucesiva del mismo o distintos trabajadores⁵³. Tal encadenamiento indica, en todo caso, un abuso, ya que es fácil concluir una necesidad permanente del servicio o puesto de trabajo objeto de los contratos consecutivos. A pesar de ello, la aplicación del artículo 15.5 ET no se relaciona con la existencia de fraude, apostando por una regulación objetiva: la transformación en indefinidos de todos los trabajadores que, en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados por un plazo superior a veinticuatro, 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, salvo contratos formativos, de relevo e interinidad.

Atendiendo a esta regulación, se concluye que: 1) el artículo 15.5 ET sólo es aplicable a los contratos de obra y eventuales⁵⁴; y 2) la imposibilidad de aplicación del mismo a los contratos eventuales que cumplan los requisitos legales. Ello porque, a falta de regulación convencional, en un periodo de treinta meses, la cadena contractual sólo podrá durar dieciocho. Si el convenio modifica la duración máxima y el periodo de

⁵³ El citado precepto se refiere a las cadenas contractuales que afectan al mismo trabajador, siendo *deber* de la autonomía colectiva establecer los límites a los encadenamientos de contratos temporales de diversos trabajadores para un mismo puesto de trabajo.

⁵⁴ Cfr. nota 52.

referencia dentro de los límites legales, en el mejor de los casos, el trabajador podrá reunir, en el periodo de referencia del artículo 15.5 ET, veinticuatro meses, pero nunca superarlos.

Esta ruptura de la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico impide, desde la perspectiva expuesta, considerar la complementariedad entre los números 1.b) y 5 del artículo 15 ET, de manera que la aplicabilidad (efecto útil) de éste, sólo es posible con una modificación de los límites temporales del primero.

2. La primera sentencia del Tribunal Supremo en la materia

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión⁵⁵ en la sentencia de 3 de noviembre de 2008, ya citada, referida a la impugnación, por parte de la Confederación Intersindical Galega, de varios artículos del convenio colectivo para el sector de conservas, semi-conservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harinas de pescados y mariscos⁵⁶. El primer *petitum* de la demanda se refiere a la declaración de nulidad del penúltimo párrafo del artículo 7.1 del citado convenio, por considerarlo contrario al artículo 15.5 ET. La disposición impugnada señala que “los trabajadores eventuales que, a partir de la entrada en vigor del presente convenio, durante tres años consecutivos o cinco alternos permanezcan en alta en la empresa 225 días por año, adquirirán la condición de fijos discontinuos”.

La citada sentencia establece, en su fundamento de derecho primero, que: 1) los dos preceptos (convencional y estatutario) persiguen la misma finalidad: evitar el uso abusivo de la contratación temporal; 2) el precepto convencional mejora la disposición estatutaria, ya que no requiere que la prestación de servicios tenga lugar en el mismo puesto de trabajo, a la par que reduce el periodo exigible y amplía el de referencia; y 3) las dos normas no son excluyentes, sino complementarias, porque la aplicación convencional de la norma preferente no excluye la aplicación de la norma legal, caso de que se produzca el supuesto contemplado

⁵⁵ No exactamente sobre el artículo 15.1.b) ET, sino sobre una disposición convencional dictada en base a aquél.

⁵⁶ Resolución de la DGT 23 enero 2007 (BOE 3-2-2007).

en ella. Por todo ello, concluye que la disposición del convenio que se impugna no viola lo dispuesto en el artículo 15.5 ET, máxime cuando no excluye ni impide su aplicación, que procederá cuando se vulneren las disposiciones del convenio y se produzca el caso que la norma estatutaria regula, ya que, en definitiva, lo que la misma hace es prevenir el abuso en la contratación temporal.

Esta interpretación se opone al principio de primacía del Derecho comunitario y al efecto útil de las directivas, tal y como se ha expuesto en este trabajo. Respecto al primero, porque es el artículo 15.5 ET el que más se acomoda a los objetivos de la Directiva 1999/70/CE, con independencia de que no constituya una transposición de la misma en sentido formal. Respecto al segundo, porque la aceptación de las disposiciones de los convenios colectivos que dimanen del artículo 15.1.b) ET, necesariamente excluyen (y no complementan) el artículo 15.5 ET.

Atendiendo a una interpretación gramatical, según las definiciones de la Real Academia Española⁵⁷, “complementar” implica integrar o completar, mientras que “excluir” significa negar la posibilidad de algo y, los periodos de referencia y de duración máxima de los contratos señalados en el apartado b) del número 1 del artículo 15 ET, impiden la aplicación de los establecidos en el número 5 de igual precepto.

No es cierto que la disposición convencional de cuya impugnación conoce el TS en la sentencia comentada mejore los derechos de los trabajadores afectados, ya que amplía los periodos de precariedad impidiendo la aplicación del artículo 15.5 ET, más acorde, como se ha dicho, con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE.

En fin, el último argumento del TS, respecto a la validez de la disposición impugnada, implica una interpretación contraria a la objetividad de la transformación a que se refiere el artículo 15.5 ET, reduciendo su aplicación a los supuestos de fraude. Ello significa su pérdida de utilidad, habida cuenta de lo dispuesto en el número 3 del mismo precepto, relativo a la conversión de contratos temporales en indefinidos por fraude de ley.

⁵⁷ Diccionario de la RAE.

La sentencia comentada no resuelve sobre la colisión los números 1.b) y 5 del artículo 15 ET, sino sobre la posible contradicción de una norma convencional con el artículo 15.5 ET. Hay que tener en cuenta que ningún convenio colectivo puede permitir, en su regulación de la duración de la contratación eventual, un periodo de referencia acorde con el número 5 del artículo 15 ET sin infringir las reglas del número 1.b) del mismo precepto. La relación entre ambos supone una vulneración del principio de coherencia del ordenamiento jurídico, que sólo se puede resolver con la modificación de alguno de ellos. Tomando en consideración la tasa de temporalidad en España y los objetivos marcados por el Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, de 8 de marzo de 1999, la balanza debería inclinarse a favor de la subsistencia del número 5 del artículo 15 ET. De lo contrario, éste vería reducida su aplicación en materia de contratación eventual a los supuestos de fraude de ley, ya regulados en el número 3 de dicho precepto, perdiendo así su utilidad.