



## La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal

«Vivimos en tiempos de preguntas fuertes

y de respuestas débiles»

B. Boaventura de Sousa, *Sociología*

*jurídica crítica*, Trotta, 2009

El principio de estabilidad en el empleo constituye el instrumento técnico a través del cual numerosos ordenamientos laborales, incluido el nuestro, tutelan el interés del trabajador, constitucionalmente garantizado, a la conservación del empleo. La protección que a través de él se dispensa a ese interés no se basa, sin embargo, en la imposición de la continuidad a toda costa de la relación laboral. Lo que por su intermedio persigue es, de forma más modesta, tratar de asegurar el mantenimiento de la misma mientras persistan las condiciones que le dieron origen y no surja ninguna circunstancia que lo impida. Un resultado que intenta conseguir convirtiendo las decisiones empresariales vinculadas con esa continuidad, es decir la determinación inicial de la duración del vínculo y el despido, en actos causales. No librados, por tanto, a la sola decisión de una o ambas partes, sino condicionados en su adopción y efectos por la existencia de los presupuestos materiales imperativamente establecidos por el legislador.

Así, por lo que a la primera de tales decisiones se refiere, en aplicación de este principio los sujetos del contrato de trabajo no se encuentran en aptitud de decidir con entera libertad cuál habrá de ser su duración, toda vez que sobre su voluntad prima una regla de carácter imperativo que les impone un específico módulo de determinación de la misma. Esta regla, empero —y aquí radica su singularidad— no busca satisfacer de forma directa e inmediata el interés del trabajador a la permanencia en el puesto de trabajo. Aunque con la vista puesta en este objetivo, la misma presta atención a las necesidades productivas del empleador y persigue dar al contrato el alcance temporal necesario en cada caso para su satisfacción. Algo que se consigue vinculando con criterio objetivo el tipo de contrato a celebrar (de duración determinada o por tiempo indefinido) con la naturaleza (temporal o permanente) de las tareas encomendadas al trabajador, como acertaría a explicar con particular claridad Rafael Martínez Emperador hace algunas décadas. Siem-

pre que esas tareas o necesidades sean de proyección limitada en el tiempo, se podrá, de tal modo, dar vida a un contrato de trabajo de duración determinada. Mientras que, de lo contrario, las partes habrán de celebrar uno por tiempo indefinido.

Es evidente que, así concebida, esta primera dimensión del principio de estabilidad posee una doble alma. De favorecimiento de la permanencia del contrato de trabajo, sin duda. Pero también —y sobre todo— aunque esto se ponga de manifiesto con menos frecuencia, de adecuación de su duración a los requerimientos de personal de las organizaciones empresariales. Como tal, en contra de lo que se sostuvo machaconamente en décadas pasadas, no parece que pueda ser considerado un principio rígido, incapaz de ofrecer una respuesta eficaz a los mismos. Por el contrario, se trata de un principio esencialmente flexible, diseñado precisamente en clave de adaptación de la gestión de personal a las exigencias del desenvolvimiento de las actividades productivas de las empresas. Bien que, como ocurre con la mayor parte de las soluciones postuladas por el Derecho del Trabajo, recurre para conseguir ese resultado a la introducción de una regulación de carácter causal, dirigida a contemplar de manera objetiva la atención de esos requerimientos, en vez de abandonar la cuestión a la voluntad unilateral del empresario o bilateral de las partes del contrato de trabajo. Flexibilidad y estabilidad en el empleo no pueden ser consideradas, desde esta perspectiva, opciones incompatibles. Por el contrario, el principio de estabilidad es enteramente capaz de satisfacer de forma eficiente las necesidades permanentes o temporales de personal de las empresas, siempre que se adopte una regulación de sus alcances que sea sensible a esas necesidades, claro está.

Uno de los principales problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo, por no hablar de la economía española en su conjunto, unánimemente reconocido ade-

más, está representado por su elevada tasa de temporalidad. Con origen en la aplicación de las políticas anticrisis desarrolladas a partir de los años ochenta del pasado siglo, que optaron por fomentar el empleo temporal incluso para la cobertura de necesidades permanentes de las empresas, el número de trabajadores sujetos a contratos de duración determinada llegó a alcanzar entre nosotros el 34,5% del total de ocupados con un empleo asalariado en 2005 y 2006, se redujo hasta el 21,9% en 2013, esencialmente debido a que la crisis del empleo se cebó en los años sucesivos en estos trabajadores, y repunta con gran velocidad en los últimos cuatro años, hasta alcanzar un preocupante 27,4% según las últimas referencias estadísticas disponibles. No hay analista que, a partir de estos datos, no exprese su perplejidad y descontento por el anómalo funcionamiento de nuestro sistema de contratación, que conduce a unos índices de precariedad en el empleo que casi duplican la tasa media de la Unión Europea, que se sitúa hoy en el 14,2%. No está demás observar, de todas formas, ya que pocas veces se hace, que de tal modo, pese a que el volumen mensual de contratos temporales multiplica por diez el de indefinidos, todavía en la actualidad más del 70% de los trabajadores asalariados siguen siendo fijos en España. Y que, por tanto, la contratación por tiempo indefinido, en términos estructurales al menos, continúa siendo la regla y no la excepción. Este dato resulta tanto o más llamativo si se tiene en cuenta el marco normativo actual, que no se caracteriza precisamente por combatir con rigor y eficacia el abuso de los contratos de duración determinada. Más bien al contrario, como permite poner de manifiesto una somera aproximación a sus alcances.

Es cierto que el Estatuto de los Trabajadores lleva a cabo a través de su artículo 15, apartado 1, una tipificación de los contratos de duración determinada de indiscutible carácter causal, recurriendo a tres modalidades distintas (los contratos para obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción y de interinidad), las cuales son capaces de cubrir, en su interrelación, prácticamente todas las necesidades no permanentes de personal de las empresas, sean estas de naturaleza accidental, temporal o de suplencia. No obstante, el propio precepto incluye incrustaciones, fruto de intervenciones normativas posteriores a su diseño original, que abren la posibilidad de su desnaturalización. Así ocurre, en particular, con la habilitación a la negociación colectiva sectorial, estatal o en su defecto de ámbito inferior, para extender los plazos máximos de duración de las dos primeras modalidades contractuales antes referidas, que son las más utilizadas, hasta límites difícilmente coherentes con la naturaleza de las situaciones por ellas contempladas. Porque no otra cosa puede decirse, por ejemplo, de la autorización a para extender la vigencia del contrato eventual hasta nada menos que doce meses. Una posibilidad de ampliación, por cierto, cuyo uso es

todo menos infrecuente dentro de la nuestra negociación colectiva sectorial, sobre todo provincial.

Es verdad igualmente que el propio artículo 15 dispone en su apartado 3 que «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley». Y también que es al empresario a quien corresponde acreditar la naturaleza temporal de las tareas encomendadas al trabajador. En vez de a este último demostrar su carácter permanente. A pesar de ello —y aquí radica la esencia del problema— ni la norma estatutaria, ni su correlato procesal, prevén mecanismo alguno que garantice el disfrute efectivo por el trabajador de la fijeza así proclamada. Por el contrario, el hecho de que no se encuentren previstos los efectos de la extinción de un contrato temporal celebrado en fraude de ley debido a la falta de coordinación entre la legislación sustantiva reguladora de los supuestos válidos de despido y la de carácter adjetivo, que se ocupa solo de estos en vez de prestar atención, como debería, a todas las hipótesis de extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario, incluyendo las que no se amparan en una causa justa, determina la aplicación a las antes referidas extinciones contractuales de la tesis jurisprudencial, construida en principio en clave de tutela de la posición del trabajador, que equipara sus efectos, lo mismo que los de una larga serie de supuestos de extinción atípica del contrato de trabajo, a despecho de otras posibilidades, a los del despido disciplinario improcedente. El resultado de esta operación hermenéutica es el reconocimiento al empresario de la posibilidad de convalidar la extinción del vínculo contractual ilegítimamente realizada a cambio del abono al trabajador de una indemnización, cuya cuantía se ha visto además reducida de 45 a 33 días de salarios por año de servicios desde el año 2012. Y que termina resultando en la mayoría de los casos diminuta, cuando no meramente simbólica, para nada disuasoria ni representativa del perjuicio derivado de la pérdida sin motivo de un puesto de trabajo con vocación de permanencia, dada la limitada duración de la relación entre las partes. Sin que exista, además, obligación de abonar al afectado los salarios de tramitación, al haber sido estos suprimidos igualmente en 2012 para los supuestos de elección de la terminación indemnizada del contrato de trabajo, en un incomprensible intento de abaratar, también por esta vía, los costes de las extinciones sin causa. En vez de hacerlo, como correspondería, con las basadas en causas reales y serias, capaces de dar lugar a su válida terminación. Como se ha afirmado, si la ruptura injustificada resulta en estos casos sencilla, barata y segura, y el incentivo al trabajador para demandar desaparece, ¿por qué tomarse el cuidado de recurrir a un contrato a término solo en las situaciones previstas por la ley?

Por último, tampoco puede negarse que el artículo 15 prevé en su apartado 5 la posibilidad de que el trabajador adquiera «la condición de fijo» en el caso de que «en un



período de treinta meses» hubiera estado contratado «durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo», debiendo entonces el empresario facilitarle, dentro de los diez días siguientes, un «documento justificativo» de su «nueva condición de trabajador fijo», conforme al apartado 8 del propio precepto. Esta es, empero, una regla cuya aplicación puede ser eludida sin demasiadas dificultades, simplemente no celebrando con el trabajador el último contrato temporal con el que superaría los veinticuatro meses de permanencia en la empresa. Sin que nada impida al empresario, además, recurrir a otro trabajador contratado a término para atender las labores desarrolladas hasta entonces por el afectado, al no estar prevista medida alguna de reacción frente al encadenamiento de contratos de duración determinada con trabajadores distintos para la cobertura de un mismo puesto permanente, que viene encomendada por el apartado 5 a la negociación colectiva, con resultados de momento francamente desalentadores, como por otra parte era de esperar. Lo mismo ocurre con la fijeza susceptible de ser alcanzada en aplicación de esta norma, que puede ser también vaciada de contenido sin excesivas dificultades procediendo a la extinción sin más del flamante contrato por tiempo indefinido a cambio de una indemnización por despido improcedente que no superará por mucho los sesenta y seis días de salarios. Ello a salvo de una interpretación extensiva de los alcances de la garantía de indemnidad que, transitando por la vía abierta por el Tribunal Constitucional a través de su Sentencia 55/2004, de 19 de abril, pueda considerar esa extinción constitutiva de un despido por represalia, nulo como tal, al menos cuando haya venido precedida del requerimiento por el trabajador de la justificación documental de su condición de fijo.

Con un contexto normativo como este, que apunta más a limitar las consecuencias negativas para el empresario del uso injustificado de los contratos de duración determinada que a reprimirlo con medidas disuasorias o sanciones eficaces, parece que deberíamos incluso sorprendernos de la no precisamente irrelevante tasa de estabilidad que, a pesar de todo, mantiene nuestro mercado de trabajo. Un resultado detrás del cual seguramente se sitúan factores estructurales, vinculados con la ya aludida adherencia del principio de estabilidad en el empleo y el contrato de trabajo por tiempo indefinido a las necesidades y características de las actividades productivas de la mayor parte de nuestras empresas, y no puramente legislativos, como pudiera ser el elevado importe de las indemnizaciones por despido, que parece incapaz de explicar su mantenimiento en semejante volumen.

¿Supone la presencia de este dato que no es necesario modificar el actual marco regulador, a pesar de su incoherencia?

La respuesta no puede ser sino negativa. Y por varias razones complementarias. En primer lugar, porque la tasa de temporalidad es ya de por sí alta en la actualidad, incluso teniendo en cuenta los rasgos diferenciales de la economía española, que pueden explicar algunos puntos más respecto de los países de nuestro entorno pero no que duplique la media europea y se extienda a sectores distintos de la construcción y los servicios, así como, con un protagonismo no menor, al sector público. Todo lo cual apunta a que la misma encubre un elevadísimo volumen de fraude no detectado ni sancionado. En segundo lugar, porque los contratos de duración determinada avanzan velozmente, consumiendo de manera creciente el espacio ocupado por el trabajo por tiempo indefinido, que ha visto reducido su caudal nada menos que en 5,5% en los últimos cuatro años. El retorno al nivel máximo alcanzado antes de la crisis, cuando no su superación, es a este ritmo cosa de no demasiado tiempo. Esta tasa de temporalidad, amplia y creciente, se ceba particularmente, en tercer término, en determinados colectivos de trabajadores especialmente vulnerables, como las mujeres, los mayores y, sobre todo, los jóvenes. Téngase presente, así, en relación con estos últimos, que nada menos que el 72,9 % de los trabajadores de entre 15 y 24 años tiene un contrato temporal. Treinta puntos más que la media europea. Las diferencias injustificadas en la contratación se convierten de tal modo en un factor generador de enojosas desigualdades dentro del mercado de trabajo, capaz de dar lugar a brecha social e incluso generacional de muy negativas consecuencias para el funcionamiento equilibrado de nuestra sociedad y el futuro de la democracia. Finalmente, no debe perderse de vista que el abuso de la temporalidad no solo tiene efectos negativos contrastados para los trabajadores, que ven mermada su capacidad contractual, tanto individual como colectiva, truncadas sus posibilidades de formación y carrera profesional y reducidas sus condiciones laborales, sino para los propios empresarios, la economía y la sociedad española en su conjunto. Basta hacer alusión aquí a sus destructivas consecuencias sobre el consumo interno, limitado por los bajos salarios que caracterizan a esta forma de trabajo, el equilibrio fiscal, lastrado por la artificial elevación de las prestaciones por desempleo que genera, la tasa de natalidad, estrangulada por la imposibilidad de construcción de proyectos personales de futuro en la que desemboca, la sostenibilidad del sistema de pensiones, amenazada por las exiguas cotizaciones, o las dificultades que impone a la construcción de proyectos de negocio basados en la eficiencia y la productividad, indisolublemente asociadas a la formación y el compromiso de los trabajadores, al ofrecer una injustificada ventaja competitiva a las empresas que apuestan por modelos productivos dependientes de la precariedad. En síntesis, y como afirmaríase recientemente en su página editorial uno de los más relevantes órganos de nuestra prensa escrita: «la estabilidad en el empleo es básica para

eleva el capital humano, mejorar la productividad y elevar el valor añadido global de la economía». Seguir minando sus fundamentos o no ofrecerle el respaldo que merece parece, pues, una opción poco responsable. Por no decir suicida.

En consecuencia, es necesario intervenir —y cuanto antes mejor— con el fin de evitar que la tasa de temporalidad continúe su escalada. El propio discurso de la Unión Europea, proclive otra etapa a favorecer opciones de política del Derecho distintas y menos críticas frente a la precariedad, empieza a apuntar ahora en esta dirección, con los ojos puestos especialmente en España.

Para hacerlo no parece que sea una buena idea, como proponen algunos, rebajar aún más la de por sí endeble protección del empleo estable, duramente golpeada por varias de las medidas antes apuntadas, que lo afectan igualmente. Y menos aún llevar a cabo una, constitucionalmente más que discutible, unificación de su tratamiento con el del empleo temporal. Por el contrario, la única manera de promover su reducción es tomándose verdaderamente en serio la lucha contra el uso ilegítimo de los contratos a término, optando por medidas que lo combatan de forma directa y eficaz o tengan un efecto verdaderamente disuasorio sobre quienes tienen el hábito patológico de recurrir a ellos. El objetivo no sería, naturalmente, acabar con la contratación temporal, que constituye una herramienta insustituible de gestión de la que las empresas no pueden ser privadas, sino llevar a cabo un rearme, no tanto del principio de causalidad, que mantiene entre nosotros plena vigencia, sino de sus garantías, que permita terminar con la que ha sido calificada, sin exageración, de «sensación de impunidad» con la que actúan actualmente quienes abusan de ella.

Para ello seguramente la mejor opción es la de ofrecer una garantía real a la fijeza en el puesto de trabajo que corresponde a los trabajadores contratados en fraude de ley conforme a la regulación estatutaria. Algo que se podría conseguir por vía interpretativa, bien aplicando la regla prevista por el artículo 6.4 del Código Civil para impedir que en los supuestos de fraude de ley los infractores consigan sus objetivos, como lo haría el propio Tribunal Supremo años atrás respecto de las hipótesis de abuso evidente de la facultad resolutoria empresarial, o bien considerando que los mismos dan lugar a una extinción nula del contrato de trabajo, con los efectos asociados a esta, al hurtar al trabajador de conocer los motivos reales de la extinción del vínculo e impedirle defenderse frente a ellos, vaciando de contenido de tal modo, no solo su derecho constitucional al trabajo, sino su derecho fundamental a la tutela judicial. Ambas respuestas han sido defendidas a nivel doctrinal y no resultan del todo deseñables, por más que presenten flancos para la crítica y no sea fácil aventurar una pronta evolución de nuestra jurisprudencia a favor de alguna de ellas. Si lo primero se

hizo antes, con un marco normativo no demasiado distinto al actual, puede perfectamente hacerse ahora. Por supuesto, frente a lo anterior cabe también —y sería deseable que así sucediera— una intervención del legislador en la misma dirección, ya sea asimilando los efectos de esta clase de extinciones, o en general de todas las de carácter atípico, a los del despido nulo, o invirtiendo respecto de estas la titularidad de la opción entre readmisión e indemnización, de forma que recaiga sobre el trabajador afectado por el fraude. Que en la actualidad no parezca que esta opción se encuentre al alcance de la mano desde el punto de vista político no supone que deba renunciarse a poner de manifiesto su pertinencia y aptitud para hacer frente al problema que nos ocupa.

Por supuesto, y en atención a lo anterior, cabe también la posibilidad de plantearse la adopción de otro tipo de medidas, que sin llevar a cabo una garantía directa y plena de la fijeza en el puesto de trabajo, rodeen al fraude en la contratación temporal de unas consecuencias que, por su intensidad y diferencial respecto del tratamiento del uso adecuado de las modalidades existentes, terminen por disuadir a los empresarios acostumbrados a él de su empleo. Se trataría de caminar en una dirección opuesta a la seguida hasta el momento, donde las extinciones sin causa se han visto facilitadas y abaratadas, procediendo más bien a dificultarlas y encarecerlas desde varias perspectivas, complementarias entre sí. Las actuaciones a incluir podrían discurrir, según ha propuesto la doctrina más sensible a estas cuestiones, hasta por tres vías distintas. La del montante indemnizatorio a abonar, antes de nada, que debería tener un importe mínimo específico asociado al perjuicio ocasionado al trabajador y no a su antigüedad, que lo dote de carácter verdaderamente disuasorio. E incluir la obligación de abono de salarios de tramitación en todo caso. La de la asunción por los empresarios infractores de los mayores costes ocasionados al sistema de protección por desempleo, en segundo lugar, mediante su condena al abono del importe íntegro de las prestaciones a las que tenga derecho el trabajador ilegítimamente colocado en esa situación. Y, en fin, según se apunta también, la «notificación obligada a la autoridad laboral de la condena judicial llevada a cabo», que debería determinar «de manera automática» la imposición de la sanción administrativa prevista al efecto, cuya cuantía, por cierto, podría ser revisada. Medidas como estas, si bien no obligan a la readmisión del trabajador, conducen sin duda a valorarla como opción en muchos casos. Pero, sobre todo, son capaces de inducir a los empresarios hasta ahora adictos a la temporalidad a plantearse la necesidad de hacer un uso adecuado y serio de las modalidades de contratación existentes.

Es claro que, ni esta interesante y completa batería de medidas, ni la opción por la garantía real de la estabilidad en el empleo, impiden a las empresas contratar temporalmente trabajadores cuando sus actividades lo requie-



ran. No puede decirse, por tanto, que frenen o dificulten su funcionamiento flexible, eficiente y competitivo. Por el contrario, en realidad lo promueven, al poner límites a un atrasado e ineficaz modelo de gestión empresarial centrado en la inestabilidad en el empleo, la escasa formación y los reducidos costes laborales, e incentivar la construcción de proyectos basados en la innovación, la mejora de los procesos productivos, la eficiencia y la pro-

ductividad, como corresponde a una empresa adaptada a los desafíos de la modernidad. La precariedad es demasiado cara en términos sociales, económicos y productivos. Un país como España no puede darse el lujo de alentarla o no combatirla con seriedad.

**WILFREDO SANGUINETI RAYMOND**  
*Subdirector*