

PRIMERA PARTE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

¿ES NECESARIO REVISAR EL MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL?*

José María Goerlich Peset**
Universitat de València (Estudi general)

SUMARIO: 1. Planteamiento. –2. Los datos. –3. El impacto de las normas laborales. 3.1. La evolución del marco normativo. 3.2. Las causas de un fracaso. –4. Algunas posibilidades alternativas. 4.1. Simplificación de la contratación y contrato único. 4.2. Hacia la igualación del coste extintivo de fijos y temporales: el futuro contrato de protección creciente. 4.3. La mejora de la prevención: ¿es conveniente repensar el principio de causalidad?

RESUMEN

El presente trabajo reflexiona sobre la necesidad de revisar el marco normativo de la contratación temporal. Repasa, en primer lugar, los principales datos de la temporalidad en el mercado de trabajo español y especialmente la elevada prevalencia de los contratos de duración determinada. Valora a continuación las sucesivas reformas que se han planteado en las dos últimas décadas en la línea de corregir esta tendencia e intenta diagnosticar las causas de su fracaso. Finalmente, analiza algunas propuestas de posible modificación del marco vigente.

ABSTRACT

This paper treats the need to revise the normative framework of temporary contracts. It reviews, firstly, the main data of temporality in the Spanish labor market and especially the high prevalence of fixed-term contracts. It then assesses the successive reforms that have been proposed in the last two decades in order to correct this trend and try to diagnose the causes of its failure. Finally, it analyzes some proposals for possible modification of the current framework.

Palabras clave: Mercado de trabajo. Contratación temporal. Precariedad laboral.

Key words: Labor market. Temporary contracts. Job insecurity.

*Recibido el 12 de enero. Aceptado el 11 de abril.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. PLANTEAMIENTO

En las consideraciones que siguen me propongo aportar algunas ideas en torno a la cuestión de si es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal. Por supuesto, no intento cerrarla definitivamente: alcanzar tal objetivo escapa, por supuesto, de mis posibilidades. Pretendo más humildemente ordenar mis ideas sobre al respecto, por si alguna de ellas pudiera ser aprovechada en un debate que lleva mucho tiempo abierto y que se intensifica de cuando en cuando, como ocurre precisamente en este momento.

Como fundamento último de mi reflexión, hay una idea que creo que, a estas alturas, no necesita confirmación: la de que un exceso de contratación temporal resulta negativo, desde muy diferentes puntos de vista –del trabajador, de las empresas, del conjunto de la sociedad–. Partiendo de esta hipótesis, para afrontar la pregunta es preciso afrontar diferentes aspectos. De entrada, parece necesario determinar si el actualmente vigente es o no problemático. Para saberlo, se hace necesario repasar mínimamente los datos, a efectos de determinar en qué puntos puede serlo. Con posterioridad, es posible reflexionar sobre las posibles causas jurídicas que puedan incidir en éstos, creándolos o agravándolos. Finalmente, parece necesario analizar algunas posibilidades que acaso podrían contribuir a su superación.

2. LOS DATOS

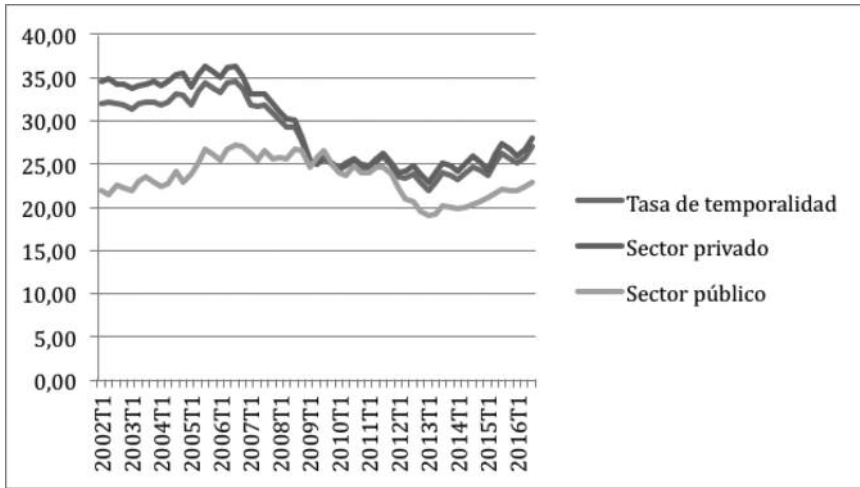
Por lo que se refiere a los datos, son suficientemente conocidos e indican claramente que existe problemas en el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo. La *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España* que anualmente elabora el CES sobre la situación socioeconómica y laboral de España muestra perfectamente resumidos los datos relevantes a estos efectos. Destacaré a continuación algunos que resultan particularmente significativos, contenidos en su última edición, correspondiente al año 2015.

El primero hace referencia a que desde hace mucho tiempo España viene ocupando el liderazgo europeo en relación con el papel de la contratación temporal –aunque este último año los polacos nos han arrebatado este dudoso honor, confinándonos en la segunda posición–. Se trata, por otro lado, de un liderazgo rotundo, puesto que la tasa de temporalidad española se mueve sistemáticamente en torno al doble de la media europea. Y ello tanto si consideramos la UE a 15 como si consideramos su ampliación hasta 28. Los datos respecto a la tasa de temporalidad que recoge la citada Memoria (p. 262), procedentes de Eurostat, reflejan tres momentos separados en el tiempo y son bien elocuentes:

	España	UE-15	UE-28
1998	32,9	12,8	
2007	30,8	14,9	14,6
2015	26,2	14,6	14,7

En consecuencia, pues, cabe hablar de un primer problema de excesiva utilización de la contratación temporal, en comparación con nuestros vecinos europeos.

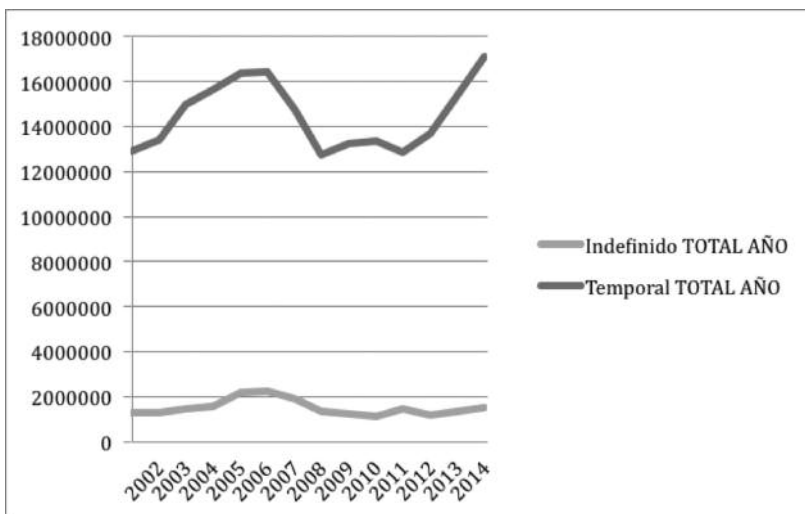
Me gustaría destacar, en segundo lugar, que a esta elevada tasa de temporalidad contribuyen tanto el sector privado como el sector público, pero sobre todo el primero. Es verdad que el sector público ha notado el impacto de la crisis con cierto retraso. De este modo que en los primeros años de la crisis su contribución al montante de la temporalidad se ha incrementado. Con posterioridad, sin embargo, ha adecuado su evolución a la del conjunto y, por tanto, ha disminuido. En todo caso, como se advierte en el gráfico, muestra un ritmo ascendente que no deja de ser preocupante, como consecuencia probablemente de la fuga de las entidades que lo componen de los límites en materia de plantilla establecidas por la normativa de contención del gasto.



Es claro, en todo caso, que no ha alcanzado los niveles absolutos que tiene en el ámbito privado, como puede verse nuevamente en los datos (en miles de trabajadores) ofrecidos por la Memoria del CES (p. 260), a partir de los correspondientes al último trimestre de 2015 de la Encuesta de población activa elaborada por el INE:

	Total	Indefinidos	Temporales	Tasa temp.
Sector privado	11.988,1	8.799,4	3.188,7	26,6
Sector público	3.000,7	2.343,2	657,5	21,9
Total	14.988,8	11.142,6	3.846,2	25,7

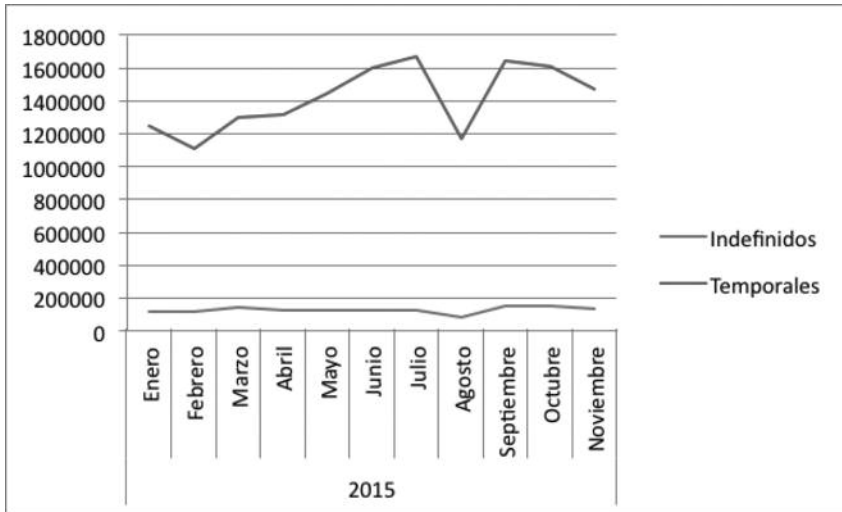
En términos de flujo, y ésta es una tercera consideración en el terreno de los datos, el recurso a los contratos de duración determinada ocupa un lugar esencial en los modos en que se contratan trabajadores en España. Es ésta una constante desde la liberalización a mediados de los 80 de los contratación temporal. La gráfica que sigue nos permite apreciarlo de forma inmediata:



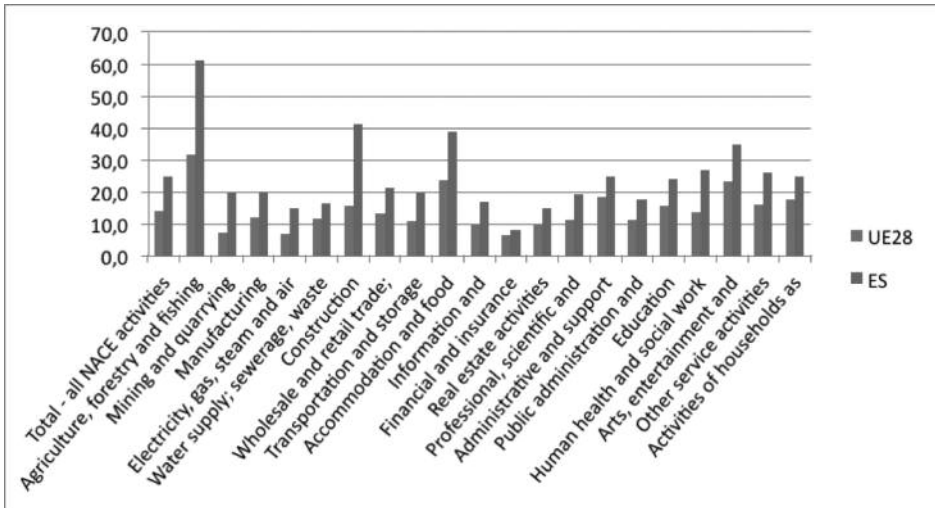
La contratación indefinida viene representando desde hace mucho tiempo un exiguo porcentaje del total de la contratación. Así, por ejemplo, en 2015 sólo el 8,12 % de los contratos registrados fueron indefinidos, cifra que no alcanza la existente en momentos anteriores a la crisis —si bien debe tenerse en cuenta que los datos entonces tampoco eran para echar cohetes—.

Existe, en cuarto lugar, una idea que los datos destruyen o, cuando menos, obligan a matizar: la existencia de una conexión entre la estacionalidad característica del modelo económico español y los flujos de la contratación temporal. Como es sabido, la distribución de la contratación a lo largo del año muestra la existencia de meses en los que ésta se dispara, coincidiendo con los de la «temporada» veraniega. Esta idea sea ha incorporado, incluso, al análisis que se hace en el debate político cotidiano: los medios de comunicación reflejan como, al valorar la evolución de la contratación sobre la base de la difusión de las estadísticas mensuales de contratos registrados, los líderes políticos y de las organizaciones empresariales y sindicales parten de la existencia de meses «buenos» y «malos» para el empleo. Cabría, por tanto, pensar en que existe una relación entre nuestra estructura productiva y la anómala temporalidad.

Esta idea, sin embargo, sólo puede aceptarse de forma limitada. Indudablemente, el peso relativo que tienen los diferentes sectores en el conjunto del sistema económico hace que la estacionalidad pueda incidir en la tasa de temporalidad. Sin embargo, es claro que existen otros factores que contribuyen a ella pues, en caso contrario, no se explica la singularidad española. En este sentido, el análisis de las series mensuales muestra, de entrada, el claro impacto de la temporada veraniega. Pero esta afirmación no impide observar que la contratación temporal no es patrimonio exclusivo de los meses «buenos». Durante todo el año, incluso en los «malos», existe un elevado volumen de contratos temporales. Lo único que ocurre es que, cuando llega la «temporada», se hacen muchos más de aquéllos. A estos efectos, vale el gráfico que sigue, en el que se muestran los contratos indefinidos y temporales suscritos en cada mes.



La idea de que el exceso de temporalidad está instalado estructuralmente en nuestro mercado de trabajo, con cierta independencia de la estacionalidad, viene por otro lado confirmada por dos datos. De un lado, otros países europeos meridionales que pueden tener estructuras económicas similares a la nuestra muestran tasas de temporalidad más reducidas. De otro, la distribución sectorial de esta tasa es siempre mayor que en el entorno europeo. Si el análisis comparativo se proyecta sobre los diferentes sectores del sistema económico, como permite *Eurostat*, observamos que la anomalía española se reitera en cada uno de ellos, con independencia de que sean o no sensibles a las exigencias de la «temporada».



Por último, y por lo que se refiere a la fisonomía de la contratación temporal, los datos muestran dos cosas que conviene resaltar. Por una parte, se advierte un absoluto predominio de dos modalidades contractuales, obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. Por más que se insiste en la necesidad de simplificar un presuntamente abigarrado panorama de contratos de duración determinada como medida para reaccionar frente a los excesos de la temporalidad, lo cierto es que las contrataciones se concentran en estas dos modalidades contractuales que representan aproximadamente el 80 % del total (Memoria, p. 267). Porcentaje que, por lo demás, permanece estable desde mucho tiempo atrás. Por otra, a pesar de las limitaciones que existen para el conocimiento estadístico –para un porcentaje de casi el 40 % no se tiene información al respecto–, la duración media de los contratos temporales resulta reducida. Para el año 2015, la Memoria del CES (p. 271) habla de una duración media por contrato de 53,4 días. Existe además un importante número de contratos (26,9) que no alcanzan siete días, superando el 40 % los que duran menos de un mes.

3. EL IMPACTO DE LAS NORMAS LABORALES

Se trata de un panorama desolador, en términos sociales y económicos. Pero creo que también lo es desde una perspectiva estrictamente jurídica. Ello es así en la medida en que la continuidad de estas cifras a la altura de 2016 implica un fracaso de las intervenciones normativas que se han producido en las dos últimas décadas. En efecto, el exceso de temporalidad viene siendo vivido como un grave déficit del funcionamiento de nuestro mercado de trabajo desde hace mucho tiempo.

3.1. La evolución del marco normativo

Podemos remontar esta idea hasta el principio de la década de los 90. El llamado informe Segura¹ ya puso de manifiesto en 1991 las disfuncionalidades que nuestro mercado de trabajo había acumulado como consecuencia de la flexibilización de las modalidades de contratación. Desde entonces se han sucedido las reformas laborales en las que se ha explicitado una voluntad legislativa de combate contra los excesos de la contratación temporal. El RDL 1/1992, por ejemplo, ya percibió como problema, desde la perspectiva de los costes de la protección

¹ SEGURA, J. et al., *Análisis de la contratación laboral en España*, Madrid, MTSS, 1991.

por desempleo, “la contratación temporal y sus elevados índices de rotación”. Con posterioridad, la idea fue objeto de una formulación mucho más clara. Así el RDL 8/1997, luego tramitado como Ley 63/1997, recogía en su Exposición de Motivos el diagnóstico que los interlocutores sociales en el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo cuyos acuerdos procedía a incorporar a las normas legales. En concreto se refería a la negativa situación de nuestro mercado de trabajo caracterizado “por la alta tasa de desempleo existente en nuestro país (22 por 100 de la población activa), así como por la temporalidad (34 por 100) y rotación de la contratación laboral (lo) que tiene graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social”. Cabría traer a colación otros diagnósticos similares en momentos posteriores (cfr. RRDL 5/2001 y, más claramente, 5/2006), pero no creo que sea necesario insistir en ello.

Más interesante me parece mostrar, también a través de las motivaciones de las sucesivas normas reformadoras, las diferentes líneas de política del derecho que el Legislador ha puesto en marcha para remontar la situación. En este terreno, es claro que las sucesivas reformas han pretendido moverse en una doble dirección: fomentar el uso empresarial de los contratos indefinidos y desincentivar el de los temporales. Podría remontarme más atrás, pero creo que, a efectos de demostrarlo, basta observar las Exposiciones de Motivos de las dos últimas grandes reformas laborales, en 2010 y en 2012. En este sentido, la de la Ley 35/2010, tras identificar como una de las “debilidades” de nuestro mercado de trabajo el “significativo peso de los trabajadores con contrato temporal (en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena), que constituye una anomalía en el contexto europeo, y que ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales”, pretendió establecer un “conjunto coherente y equilibrado de medidas que persiguen, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación temporal y, por otro, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida”. En este último sentido, el preámbulo de la Ley 3/2012 —que ahondó algunas de las líneas iniciadas por la anterior y abrió otras— se refería a la necesidad de establecer “incentivos adecuados” para evitar que las exigencias de adaptabilidad de las empresas se concreten fundamentalmente a través del recurso a los contratos de duración determinada.

Desde luego, la primera línea de tendencia se ha seguido de forma bastante exhaustiva. Desde 1994, hemos presenciado un extenso proceso de modificación de las reglas sobre contratación indefinida, en el intento de generar los indicados «incentivos». Aparte el abaratamiento de los costes sociales mediante bonificaciones y reducciones en la cotización, se han establecido modalidades especiales de contratación indefinida más atractivas para las empresas, se han incrementado los instrumentos de flexibilidad interna a su alcance y se ha reducido el diferencial de coste extintivo de los trabajadores indefinidos, mediante la reforma del tratamiento causal y procedimental de los despidos económicos y la reducción de los costes de los ilegítimos. El resultado de esta evolución es claro: con independencia de la valoración que la misma, o alguna de sus concreciones, puedan merecer, no cabe poner en cuestión que, a día de hoy, desde la perspectiva empresarial el contrato indefinido tiene un perfil mucho más amable del que ha tenido históricamente.

Si esto es así, la pervivencia con apenas inflexiones de las grandes cifras de la temporalidad acaso pueda explicarse en la falta de contundencia de la segunda línea de tendencia, la que apunta como hemos visto a la restricción del “uso injustificado de la contratación temporal”. Es verdad que las medidas en este sentido se han acumulado en las sucesivas reformas laborales. A las más tradicionales —principio de causalidad (cfr. art. 15.1 ET), tutela mediante presunciones, señaladamente la *iuris et de iure* vinculada al fraude de ley (cfr. art. 15.3 ET), posibilidad de sanciones administrativas (cfr. art. 7.2 LISOS)—, presentes ya en las normas de 1980, se han añadido en las dos últimas décadas otras diferentes.

Creo que pueden agruparse en dos grupos diferentes: las relacionadas con la igualación de los costes de la contratación y las dirigidas a controlar el uso indebido de los contratos temporales. Por lo que se refiere a las primeras, cabe recordar, de entrada, que, a partir de 2001 (RDL 5/2001, de 2 marzo, posteriormente sustituido por la Ley 12/2001), como consecuencia de la transposición de la Directiva 1999/70/CE, el principio de no discriminación que había sido afir-

mado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria se incorporó al Estatuto de los Trabajadores (cfr. art. 15.6). Asimismo, se introdujo una indemnización por fin de contrato de 8 días (art. 49.1.c] ET)], que posteriormente se ha ido elevando hasta 12 como consecuencia de la reforma de 2010 (RDL 10/2010, posteriormente Ley 35/2010). En esta misma línea, las cotizaciones sociales de los trabajadores temporales han sido penalizadas. Desde finales de los 90, el tipo de la cuota empresarial por desempleo viene siendo un punto superior en los contratos de duración determinada. La reforma de 2001 previó además un incremento del 36 % de la cuota empresarial por contingencias comunes en los contratos cuya duración efectiva sea inferior a siete días (cfr. en la actualidad art. 151 LGSS).

En cuanto a las segundas, cabe reseñar, de entrada, el aumento de las responsabilidades en las que puede incurrir el empresario en los casos de uso injustificado de los contratos temporales. En 2002 (RDL 5/2002, posteriormente Ley 45/2002), se estableció la posibilidad, hoy incorporada a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (art. 147), de reclamar al empresario las prestaciones por desempleo en los casos de “reiterada contratación temporal... abusiva o fraudulenta”. Pero, sobre todo, cabe hacer referencia a los esfuerzos normativos destinados a evitar el uso excesivo del contrato de duración determinada. A mediados de la década pasada (RDL 5/2006, luego Ley 43/2006) se incorporó al ET un precepto dirigido a evitar la excesiva reiteración de los contratos (art. 15.5), de modo que si ésta alcanza una cierta magnitud, veinticuatro meses sobre un período de referencia de treinta, el contrato deviene indefinido. En la posterior reforma de 2010, aparte de ampliar el radio de actuación de este precepto, se introdujo también un tope máximo de duración para el contrato de obra o servicio (art. 15.1.a] ET). Ambas medidas se mueven en la misma línea: la consolidación como fijos de los trabajadores temporales cuya prestación se haya dilatado en el tiempo, con independencia de la legalidad de la actuación empresarial.

3.2. Las causas de un fracaso

La persistente continuidad de los datos sobre contratación temporal a pesar de las sucesivas reformas acometidas en los últimos veinticinco años tiene que hacernos pensar. No parece fácil explicarlas en términos únicamente económicos. Por supuesto, la situación económica y las peculiaridades de nuestra estructura productiva, tanto por lo que se refiere a la distribución de actividades como en atención a la tipología de nuestras empresas, pueden tener un papel relevante en el volumen de la contratación de duración determinada. Pero, como hemos visto al analizar los datos, no parece existir una conexión unívoca entre estas circunstancias y el real funcionamiento de nuestro mercado de trabajo.

Con todo probabilidad hay algo más. Es un lugar común, en este sentido, entender que, a raíz de la liberalización de la contratación temporal en la década de los 80, se ha instalado en nuestro mercado de trabajo la «cultura de la precariedad». Y que, frente a ella, las medidas legislativas que se han ido arbitrando no han sido suficientes. Desde este punto de vista, resulta imprescindible analizar cuáles son las posibles insuficiencias que presenta la regulación actual de la contratación de duración determinada. A mi juicio, cabría destacar dos ideas, relativa la primera a los límites del principio de causalidad y la segunda a los que presentan la disciplina de los efectos de su contravención.

a) Por lo que se refiere a la primera, cabría apuntar diferentes fenómenos. De entrada, cabe detectar importantes deslizamientos interpretativos en relación con las causas establecidas en el art. 15.1 ET. Algunos son de carácter normativo: ciertas reglas en materia de contratación en el ámbito público se mueven en esta línea. Es el caso de la inexistencia de límites para la interinidad de vacantes —a la que no alude el art. 15.1.c) ET, pero que se establece en el art. 4.2.b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre—; y también el de la relativización de algunas reglas generales en el caso de las Administraciones Públicas (cfr. DA 15ª ET). Otros tienen origen jurisprudencial y afectan al conjunto del modelo: me refiero a la posibilidad de suscribir contratos de obra en relación con la subcontratación de obras o servicios, admitida por el TS desde 1997 (sentencia de 15 de enero de 1997, rec. 3827/1995) y que, aunque ha sido matizada desde

entonces, continúa siendo aplicada veinte años después (por ejemplo, sentencia de 24 de abril de 2014, rec. 900/2013). Esta asociación, criticada fuertemente por un sector doctrinal, es, a mi juicio, un elemento distorsionador del principio de causalidad que puede explicar un importante número de anomalías.

En otro orden de consideraciones, el ordenamiento deja importantes flancos al funcionamiento de la causalidad en la contratación. No es fácil, por una parte, deslindar los contratos temporales de los contratos fijos discontinuos. El art. 15.1 b) legitima el uso del contrato eventual en actividades de temporada al confiar a los convenios colectivos variar el periodo dentro del que aquél puede ser utilizado “en atención al carácter estacional de la actividad”. Por su parte, el art. 16.4 ET deja en manos de los convenios sectoriales “los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”. Ambos preceptos, pues, hacen surgir dudas sobre el uso de la contratación eventual en actividades de temporada.

Por otra parte, no existen instrumentos normativos que permitan fácilmente combatir la rotación de diferentes trabajadores en un mismo puesto de trabajo. Es un tema clásico de la eventualidad puesto que el art. 15.1 b) ET nunca ha resuelto de la utilización de varios trabajadores dentro del periodo de referencia. Pero existe igualmente en el ámbito de la reiteración de contratos temporales: la razonable norma introducida en 2006 para evitarla frena sus efectos en los casos en los que la misma afecta a “distintos trabajadores”. Según el art. 15.5 ET, ha de ser la negociación colectiva la que se ocupe de establecer en estos casos los “requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada”.

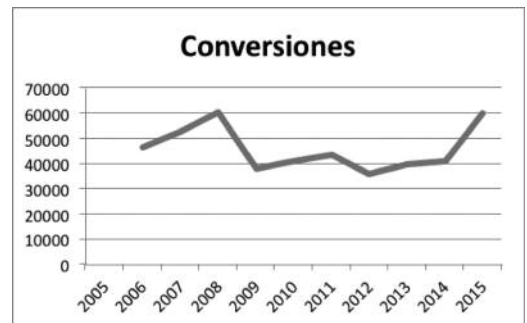
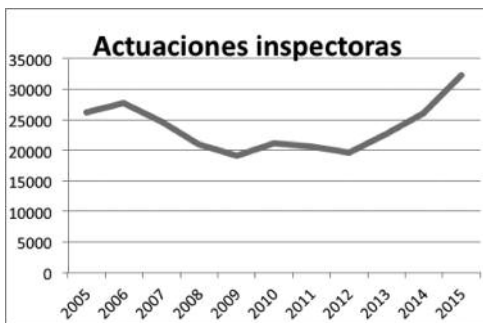
b) Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la disciplina de los efectos de la contravención de las reglas que nos ocupan, considero que no desincentiva suficientemente el recurso injustificado a la contratación de duración determinada. Si nos fijamos en los efectos de Derecho privado, resultan probablemente insuficiente en la vida cotidiana. Las características estructurales de la acción de despido conducen necesariamente a esta conclusión. Cabría hablar aquí de los efectos que tiene la reconstrucción jurisprudencial del tratamiento del fraude de ley en relación con la caducidad de la acción de despido en los casos de sucesión de contratos temporales: si bien la “unidad de la relación laboral no se rompe por cortas interrupciones que buscan aparentar el nacimiento de una nueva” (por todas, STS de 24 de abril de 2006, rec. 2028/2004), suele considerarse que el transcurso del plazo de caducidad entre ellas impide la toma en consideración de conjunto de los contratos a efectos de apreciar el fraude de ley (véanse SSTS de 29 de mayo de 1997, rec. 2983/1996 y 4149/1996). Si bien es cierto que esta doctrina ha sido luego matizada en relación con el cálculo de la indemnización (cfr. STS de 18 de febrero de 2009, rec. 3256/2007), no lo es menos que continua siendo aplicada para determinar la parte de la cadena de contratos que puede ser valorada (por ejemplo, SSTSJ Andalucía [Sevilla] de 5 de julio de 2012, rec. 3407/2010, o Galicia de 6 de marzo de 2014, rec. 5842/2011).

Pero creo que el fenómeno es mucho más profundo: el sistema indemnizatorio vigente no contribuye en modo alguno a desincentivar el uso de los contratos temporales. Podríamos decir que los intentos legislativos de hacer más «acogedor» el contrato indefinido –para el que está pensada la regulación del despido– tienen este efecto colateral. Al menos en los casos de contratos de duración reducida, la reducción de la indemnización por despido y la desaparición los salarios de tramitación hacen que el diferencial entre el coste extintivo del contrato temporal y el resultante de la calificación del cese como improcedente no resulte suficiente para presionar a la empresa hacia el uso correcto de la contratación de duración determinada. Es más, desincentiva el propio ejercicio de sus derechos por parte del trabajador, por los costes de oportunidad que supone la interposición de una acción judicial.

Tampoco, en fin, la estructura de la acción de despido resulta adecuada desde la perspectiva de la lucha contra la rotación. La combinación de los dos fenómenos que se acaban de describir conduce a este resultado: la tutela del primer trabajador aparece problemática en relación con un hecho sobrevenido –la contratación del segundo– y deviene directamente imposible en un plazo muy breve por acción del art. 59.3 ET; la del segundo, adolece del límite que se acaba de analizar puesto que no es fácil justificar la posibilidad de totalizar los periodos correspondientes a ambos trabajadores.

Es cierto que existen otras vías para garantizar la efectividad de las normas laborales que podrían suplir estas carencias. La tutela de Derecho público podrían resultar sumamente útil en este terreno. Pero también presenta insuficiencias que merece la pena reseñar. Si nos fijamos en las más novedosas –la posibilidad de recuperar las prestaciones por desempleo a la que se refiere el art. 147 LSJ–, sobre la base de una determinada interpretación de la finalidad perseguida por la norma, la jurisprudencia del TS conduce a vaciarlas de contenido. De acuerdo con ella, en efecto, esta norma no persigue “legitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo” sino un objeto “menos ambicioso(…) proporcionar a la Entidad un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales... que le hayan irrogado un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir (art. 6. 4 del Código Civil)”. Pero, con esta interpretación, muchos supuestos de “reiterada contratación temporal... abusiva o fraudulenta” quedan al margen. Tal es el caso de las reiteraciones de prestaciones periódicas mediante contratos de obra (STS de 28 de abril de 2010, rec. 3494/2009, con cita de otras anteriores).

En cuanto a las más tradicionales, vinculadas a las actuaciones inspectoras en relación con el art. 7.2 LISOS, los datos muestran los límites cuantitativos que presentan. Si bien es cierto que en los últimos años hemos asistido a un repunte de las cifras, también lo es que las posibilidades reales de la Inspección de Trabajo quedan lejos de un control absoluto de la contratación temporal. La revisión de los datos que ofrece la Inspección, a través de su memoria anual, parece demostrar esta idea. Es cierto que, tras un periodo en el que su atención sobre el control de la temporalidad ha disminuido –que coincide con los peores años de la crisis en términos de destrucción de empleo–, asistimos a un repunte reciente de la actividad en este terreno, tanto por lo que se refiere al número de actuaciones inspectoras como a la mejora de los resultados en términos de conversión en trabajadores indefinidos.

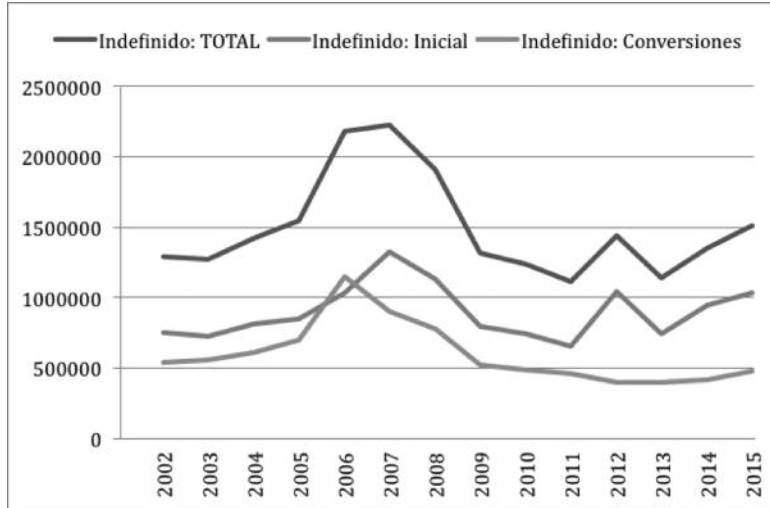


No es menos cierto, sin embargo, que, aunque esta evolución se advierte igualmente en el número de contratos revisados en estas actuaciones, el número total de éstos resulta marginal si se compara con el volumen real de la contratación temporal: en 2015 fueron revisados 307.226 contratos; pero en ese mismo año, según los datos de la EPA (cuatro trimestre), existían más de 3.800.000, y, a lo largo del ejercicio, nos informa el SEPE que se registraron más de 17.000.000. Creo que estas cifras no necesitan mucho comentario.

4. ALGUNAS POSIBILIDADES ALTERNATIVAS

Cabe deducir, pues, que las medidas que tenemos actualmente establecidas para combatir la precariedad no actúan como dique de contención eficaz. El principio de causalidad presenta importantes brechas que le impiden jugar este papel. Y lo mismo cabe decir de las técnicas que lo garantizan. A la postre, aquél deja espacios abiertos a las conductas imaginativas, que además pueden ponerse en práctica con la tranquilidad que da la convicción de que los resultados negativos derivados de su ejecución son poco probables y, sobre todo, poco trascendentes. Habida cuenta de ello, la pregunta que encabeza estas reflexiones, la de si es necesaria la revisión del marco normativo de la contratación temporal, sólo puede tener una respuesta afirmativa. Hace falta, en definitiva, proceder a reformar en profundidad la disciplina actualmente establecida para los contratos de duración determinada.

Desde mi punto de vista, este proceso de revisión debe tener en cuenta tres ideas de diferente naturaleza. En primer lugar, creo que no es posible partir de una visión negativa del recurso a la contratación temporal, que funcione de forma incondicionada, automática y absoluta. Si, con carácter general, es obvio que las empresas presentan necesidades temporales de mano de obra, en un contexto de crisis profunda como el actual la incertidumbre económica las acrecienta. Por otro lado, los contratos temporales funcionan como un eficaz mecanismo de acceso al empleo.



Como se desprende del gráfico, la experiencia muestra que una buena parte de las contrataciones indefinidas deriva de previas de carácter temporal, incluso en los casos en los que las conversiones no son incentivadas. Esta idea puede resultar particularmente interesante en relación con la contratación de duración determinada de los colectivos con particulares dificultades de acceso al empleo –en especial, aunque no sólo, los jóvenes–.

En segundo lugar, las soluciones no pueden ser iguales en todos los casos. Existen algunos elementos de diversificación que quizá hayan de ser tenidos en cuenta. En este terreno, cabe

pensar por supuesto en la estructura del sistema económico, puesto que no todos sus sectores muestran las mismas necesidades en el terreno que nos ocupa. Pero, desde mi punto de vista, existe un condicionante más «transversal»: es necesario pensar también en las específicas necesidades de las empresas en función de su dimensión. Parece claro, en este terreno, que, por la menor consistencia de su estructura, las empresas más pequeñas pueden tener dificultades para usar otras posibilidades de flexibilidad o para acceder a la información necesaria para utilizar modos de contratación más complejos que puedan resultar más ágiles y a la par más respetuosos con las expectativas de los trabajadores –señaladamente, el trabajo a tiempo parcial–. Obviamente, estos condicionantes implican la dificultad de establecer soluciones de alcance general: la negociación colectiva ha de tener un papel destacado en la delimitación de los supuestos de lícita utilización de los contratos temporales.

Es claro, por último, que la reflexión no puede agotarse en la configuración legal y convencional de los mismos. Se hace necesario establecer mecanismos de garantías reales para confinar efectivamente la contratación a los márgenes establecidos. Como se ha señalado desde tiempo atrás², la “adicción empresarial a la precariedad” se encuentra hasta tal punto enraizada en nuestro sistema que todo intento de superarla ha de pasar por el establecimiento de un “tratamiento de choque” que no puede dejar en manos de los particulares la efectividad de las normas sino que necesariamente ha de implicar una “efectiva campaña de control del fraude” en la que se involucre decididamente la autoridad laboral.

4.1. Simplificación de la contratación y contrato único

A la vista de estas tres consideraciones, cabe examinar las diferentes propuestas que se manejan respecto de la mejora del marco normativo, con el fin de analizar sus ventajas e inconvenientes, añadiendo eventualmente algunas adicionales. En este terreno, existe, en primer lugar, una difusa convicción respecto a los efectos nocivos de la elevada diversificación de los supuestos de contratación temporal. La Guía de contratos que actualiza periódicamente el SEPE ocupa 129 páginas en la última revisión de septiembre de 2016; y en el debate periodístico se indica que el número de posibles contratos al alcance de un empresario supera los 40. De hecho, el número de claves diferentes para los diferentes supuestos que se utilizan se mueve efectivamente en esta cifra como se deduce, por ejemplo, de la tabla de códigos que utiliza la Seguridad Social (<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/142497.pdf>). Por supuesto, una diversificación de esa magnitud podría incrementar la confusión, sobre todo en los casos en los que quien recurre a la contratación tiene dificultades de acceso a la información. Desde esta perspectiva, un sistema más sencillo puede ser positivo.

A partir de estas consideraciones, se ha formulado la propuesta inicial del llamado contrato «único». En la conocida *Propuesta para la reactivación laboral en España*, formulada por FEDEA en el año 2009, se ha asociado esta diversificación con la segmentación de nuestro mercado de trabajo y se ha propuesto un nuevo modelo para la contratación, con desaparición de los contratos de duración determinada. En el punto que aquí interesa, esta propuesta parte de la taxativa afirmación de que “para acabar con la dualidad laboral es preciso simplificar el actual menú de contratos de trabajo con indemnizaciones por despido tan diferentes”. En concreto, y con la excepción del contrato de interinidad, “el resto de los contratos temporales debe desaparecer” siendo sustituidos por “un único contrato indefinido para todas las nuevas contrataciones, con una indemnización por año de servicio creciente con la antigüedad”.

El análisis de esta primera insuficiencia y de la vía propuesta para su solución requiere dos órdenes de consideraciones diferentes. De entrada, por lo que se refiere a aquélla, no es fácil establecer una conexión entre diversificación formal y segmentación del mercado de trabajo puesto que ni la diversificación real es tan enorme como parece desprenderse de esos datos ni, sobre todo, puede considerarse responsable de la fuerte segmentación de nuestro mercado

² SALA FRANCO, T. “Puntos críticos de la contratación temporal”, RGTSS 3(2003), p. 12.

de trabajo. En el primer sentido, la cantidad de entradas que cabe encontrar en el “menú de contratos” no siempre responde a la existencia de verdaderos tipos o supuestos de contratación de duración determinada. En muchos casos resultan de la combinación entre éstos y otras circunstancias del régimen jurídico aplicable al contrato (tiempo completo/tiempo parcial; bonificados o no) o, incluso, de las personas con las que se suscribe en función de sus específicas necesidades de inserción. Por ello, y aunque tampoco coincida exactamente con la realidad jurídica, el asistente de contratación puesto en funcionamiento por el SEPE a mediados de la legislatura 2011/2015 (https://www.sepe.es/contenidos/empresas/contratos_trabajo/modelos_contrato.html), sólo distingue cuatro tipos de contrato (indefinido, temporal, formación/aprendizaje, prácticas). En el segundo, debo recordar el desigual reparto de la contratación de duración determinada entre las diferentes figuras que la componen: como he señalado más arriba, en torno al 80 % de los contratos se reconducen a las letras a) y b) del art. 15.1 ET, supuestos en los que sabemos que se concentran las mayores bolsas de uso irregular de la contratación temporal. No es fácil, por consiguiente, imputar a la diversificación los excesos que nos preocupan, sin perjuicio de que, como he dicho, una mayor simplificación pueda tener efectos positivos sobre el sistema.

Por lo que se refiere a la propuesta del contrato «único», ha despertado valoraciones contrapuestas. En algún caso, la doctrina se ha pronunciado a su favor. Además, alguna fuerza política ha incorporado la propuesta de contrato «único» a su programa electoral. De hecho, es la primera medida postulada en el programa de Ciudadanos que se refiere a “un nuevo contrato estable e indefinido, que proteja a los trabajadores y ayude a acabar con la precariedad laboral... (que) acabará con la precariedad laboral y permitirá que la gente tenga un empleo estable sin tener que estar encadenando contratos temporales”. Sin embargo, creo que puede afirmarse que la valoración han sido mayoritariamente negativa.

En su primera versión, la propuesta resultaba difícilmente asumible, en atención fundamentalmente a los compromisos internacionales suscritos por España. Como he puesto de manifiesto en otro lugar³, la pretendida unificación de las causas del despido a las que se refería la propuesta original de FEDEA se compadecía mal con las exigencias del convenio 158 OIT al hacer desaparecer las diferentes consecuencias entre la extinción justificada y la injustificada que se deriva de sus arts. 10 y 12. Con posterioridad, estas insuficiencias han sido eliminadas: en propuestas sucesivas, se ha aceptado la posibilidad de un control de las decisiones extintivas empresariales, con consecuencias diferenciadas⁴. Pero, entonces, su principal virtualidad desaparece. Para FEDEA, su implantación supondría que “los trabajadores contarían con un contrato indefinido desde el principio de la relación laboral, mientras que los empresarios no se enfrentarían con la enorme brecha existente entre el bajo nivel de la indemnización de los contratos temporales (...) y el alto nivel de protección de los contratos indefinidos actuales” que sería el “el factor inductor de la excesiva rotación”. Y ello sin contar con que, como ha señalado la doctrina, las cosas podrían funcionar justo de la manera contraria. Y es que el carácter creciente de la indemnización podría tener justo el efecto inverso: el de incentivar la rotación para evitar el acceso a la parte alta de la escala. Si esto fuera así, más que atraer los contratos de duración determinada al campo del contrato indefinido, podríamos estar impulsando la contratación indefinida a aquél terreno.

4.2. Hacia la igualación del coste extintivo de fijos y temporales: el futuro contrato de protección creciente

De todos modos, algunos de los postulados de la propuesta del contrato «único» muestran cierta vitalidad en el actual panorama político. Es el caso de la necesidad de simplificar las modalidades de contratación y, sobre todo, de reducir “la enorme brecha existente entre el bajo nivel de la indemnización de los contratos temporales (...) y el alto nivel de protección de los contratos indefinidos actuales”. A estos efectos, los acuerdos entre PSOE y C’s, primero, y PP

³ GOERLICH, J.M., “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, RL 2010-I, pp. 1205 ss.

⁴ Cfr. ÁLVAREZ GIMENO, R. “El contrato único de trabajo. Propuestas y respuestas”, AS, VI-5 [2013], pp. 37 ss.

y C's, después, han incorporado este planteamiento. Tanto uno como otro contienen la previsión de reducir las modalidades de contratación a tres supuestos: el indefinido, el temporal y los relacionados con la formación. De este modo aparece un contrato temporal que podemos considerar «único» y cuya característica principal es la aparición de una indemnización que aumenta con el tiempo de prestación. Por ello, en el pacto entre PSOE y Ciudadanos se denomina “contrato estable y progresivo” y en el posteriormente suscrito entre PP y Ciudadanos recibe el nombre de contrato “de protección creciente”. El hecho de que la implantación de este “contrato estable y progresivo” o “de protección creciente” se haya incorporado a las agendas de tres partidos que suman el 70 % de la Cámara obliga a prestar un mínimo de atención. En un país normal, no habría duda de que esta reforma se produciría en breve, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de solucionar el problema planteado por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, en el famoso asunto *De Diego Porras*.

Las dos propuestas presentan algunas diferencias. Pero desde la perspectiva que aquí interesa destacar la existencia algunos elementos comunes. Además de insistirse en el carácter causal de esta forma de contratación, se prevé una duración máxima de dos años, que en el acuerdo entre PP y C's es ampliable por la negociación colectiva hasta un tercero. Por otro lado, la indemnización por fin de contrato crece progresivamente en función de la duración del vínculo: toma como punto de partida los actualmente vigentes 12 días por año, incrementándose a 16 durante el segundo año de vigencia. El pacto entre PP y C's, coherente con el papel que asigna a la negociación colectiva, prevé que la cuantía indemnizatoria alcance los 20 días por año en el tercero de vigencia. Se insiste igualmente en la necesaria existencia de “una tutela judicial efectiva que evite su uso abusivo”, expresión ésta que se reitera literalmente en los dos pactos. Ambos, finalmente, se fijan en el establecimiento de medidas de incentivo para la transición hacia la contratación indefinida, si bien éstas son más convencionales en el acuerdo entre PP y C's (exención parcial de cotización) que en el anteriormente firmado entre este partido y el PSOE –que establece un modelo más articulado no sólo dirigido a penalizar la conversión sino tendente también a penalizar su inexistencia–.

Si de la fase descriptiva pasamos a la valorativa, creo que es posible plantear algunas cuestiones. El primer grupo de dudas que me suscita la propuesta del contrato de protección creciente se relaciona con el juego del principio de causalidad. De entrada, una lectura literal del carácter «único» del nuevo contrato combinado con su carácter causal parece mirar a la desaparición de las formas de contratación no causal existentes en nuestro sistema. Creo, sin embargo, que este resultado es excesivo: con independencia de que algunas de las introducidas por el RDL 4/2013 –luego, Ley 11/2013– pudieran merecerlo, existen otras, las vinculadas más claramente a la inserción, que acaso hayan de ser salvadas de la quema. En otro orden de consideraciones, no parece fácil armonizar el carácter de «único» supuesto de contratación temporal con el principio de causalidad. Aunque se afirma que “sólo podrá celebrarse cuando concorra una necesidad temporalmente limitada de mano de obra”, no puede olvidarse que este tipo de necesidades aparecen en los tres supuestos actualmente recogidos en el art. 15.1 ET, cada uno de los cuales tiene su propio régimen jurídico. Ello se advierte de forma literal en relación con la interinidad, de la que se hace expresa salvedad en relación con la aplicación del plazo máximo. Pero habrá que entender que la diversificación del contrato, entre eventualidad y obra y servicio determinado, se mantendrá de algún modo. Ello obligaría, a mi juicio, en un futuro desarrollo legislativo de la idea, a corregir las insuficiencias que actualmente presenta la aplicación concreta de estas causas a las que me he referido más arriba. En esta misma línea, sería necesario clarificar como se proyecta el plazo máximo sobre el principio de causalidad actual. Obsérvese al respecto que la previsión del tope de dos años, si bien implica el acortamiento del tope del establecido en 2010 para el contrato de obra, podría suponer un incremento del previsto para la eventualidad.

En segundo lugar, en relación con la interacción entre Ley y convenio, el acuerdo PP/C's se mueve en una línea que podemos considerar «clásica», por cuanto que presente en nuestro ordenamiento desde 1994: aunque no se excluye que la negociación pueda actuar *in melius* en este terreno, se le concede poderes para incrementar la flexibilidad del futuro contrato de pro-

tección de creciente, aumentando el plazo máximo legal de dos a tres años. Sobre este papel, creo que cabe hacer dos reflexiones diferentes que ponen sobre el tapete algunas restricciones que, a mi juicio, habrían de ser superadas. La primera es que sería conveniente dar fundamento legislativo a otro tipo de actuaciones de los convenios colectivos. Desde este primer punto de vista, creo que debe dejarse claro que la actuación de la negociación colectiva puede dirigirse también, como se indicaba en el acuerdo PSOE/C's, a la "supervisión" de la contratación de modo que el convenio colectivo "podrá llevar a cabo desarrollos específicos". Se trataría de abrir la puerta a normas del tipo de la actualmente establecida en el art. 15.5.III ET, en línea con la evitación de la rotación de trabajadores con sucesivos contratos temporales.

En cuanto a la segunda, sin duda más polémica, se relaciona con la restricción de las facultades negociadoras reconocidas a los convenios de carácter territorial. El acuerdo, en este sentido, reproduce la expresión ("convenio sectorial estatal o en su defecto de ámbito sectorial inferior") que actualmente utilizan, entre otros, los arts. 15.1.a) y 15.1.b) ET. De este modo, se cierra la posibilidad de que los convenios de empresa regulen esta cuestión. Acaso sería más adecuado abrirles esta posibilidad, al menos con carácter subsidiario en los casos de inexistencia de convenios territoriales o de inexistencia de previsión expresa en los existentes. Es cierto que, desde la reforma de 2012, se ha acentuado la desconfianza hacia este tipo de convenios. Pero no lo es menos que, a raíz de las sucesivas intervenciones jurisprudenciales en esta materia (interpretación estricta de la noción de empresa y sindicalización de la legitimación para la negociación), esta desconfianza puede haber perdido su fundamento.

Por último, aunque no por ello menos importante, hay que hacer alguna reflexión sobre la principal aportación del contrato: su indemnización creciente. Se trata de un paso más en una línea de política del Derecho ya ensayada: la equiparación de los costes extintivos de fijos y temporales. Desde este punto de vista, no puede ser negativamente valorada. Pero tal y como viene configurada abre importantes cuestiones. En primer lugar, habría que plantearse la adecuación de la propuesta a la doctrina establecida en la reciente STJUE de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*. No me extenderé sobre este particular, aunque creo que existe margen para entender que la indemnización «creciente» no es contraria a la Directiva. A estos efectos, hay que valorar de entrada que la sentencia en cuestión se separa de precedentes decisiones del propio TJ en relación con el alcance del principio de no discriminación de los contratos de duración determinada. En la STJUE de 12 de diciembre de 2013 (Carratù, asunto C-361/12), había encontrado justificación suficiente para el distinto tratamiento de "la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula de terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida". Frente a esta idea que parece bastante obvia, el pronunciamiento dictado en el asunto *De Diego Porras* aparece "escueta y escasamente" fundado y da un "comprometido salto en falso" quizá "demasiado influido u ofuscado por la particularidad del caso examinado"⁵. Por eso, y aunque ésta sea la línea que viene prevaleciendo en la doctrina de suplicación tanto para los interinos (STSJ Madrid 5 de octubre 2016, rec. 246/2014) como para otro tipo de contratos temporales (STSJ País Vasco 16 octubre 2016, rec. 1690/2016), incluso en el caso de contratos con empresarios privados (STSJ País Vasco de 18 octubre 2016, rec. 1817/2016), no parece fácil interpretarlo en el sentido de que se haya de producir una plena equiparación entre el coste extintivo de los trabajadores temporales y el de los indefinidos⁶.

En segundo lugar, y sobre todo, creo que conviene destacar las limitaciones que presenta la indemnización creciente. Es claro, en primer lugar, sus efectos se despliegan únicamente en la contratación de cierta duración cuando, como hemos visto, existe un importantísimo número

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La sentencia del TJUE y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos", La Ley 25 octubre 2016.

⁶ En esta línea, también, GONZÁLEZ DEL REY, I., "Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución. La STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras, C-596/2014). ¿Un paso (más) hacia el «contrato único»?", La Ley 30 noviembre 2016.

de contratos que carecen de tal consistencia. En segundo lugar, como se ha indicado al analizar las valoraciones doctrinales de la propuesta de contrato «único», el establecimiento de escalones en la determinación de la indemnización puede tener múltiples valencias en relación con el uso injustificado del contrato temporal y la rotación indebida. Desde luego, cuando se ha ascendido suficientemente por ellos, el desincentivar la extinciones injustificadas y, por tanto, la rotación de trabajadores por el mismo puesto mediante contrataciones sucesivas; pero, en sentido contrario, cada escalón incentiva la extinción en sus proximidades con la finalidad de evitar el incremento de la indemnización.

A la postre, ello implica que, si quiere ganarse en efectividad, la propuesta de contrato de protección creciente, debería considerar los problemas que quedan al margen de su ámbito de actuación: de una parte, el problema de los microcontratos, muchas veces reiterados en períodos más amplios, completamente insensibles a la mejora de los costes indemnizatorios; de otra, la prevención de la rotación. Lo primero no parece estar en el debate, a juzgar por el contenido de los acuerdos que estamos comentando. Sin embargo, sería preciso incorporarlo toda vez que este tipo de relaciones debería tener acomodo en otro tipo de modalidades contractuales del género de la contratación a tiempo parcial. No entro en este tema para no invadir los contenidos de la siguiente mesa redonda.

En cuanto a lo segundo, si bien el acuerdo PSOE/C's planteaba una interesante propuesta, parece abandonada en el más reciente entre PP/C's. El primero se refería en este sentido a que "la regulación establecerá desincentivos para las empresas que abusen de un exceso de despidos por contratos estables y progresivos, mediante el incremento de las cotizaciones sociales por desempleo que deban satisfacer (malus), a la vez que se establece un nuevo incentivo (bonus) en las cotizaciones de aquellas empresas que despidan menos por esta causa y que incrementen su porcentaje de contratos indefinidos". Este complemento para una eficaz actuación del nuevo contrato ha desaparecido en el acuerdo más reciente que confía exclusivamente en la tradicional técnica de las bonificaciones de modo que "en caso de conversión en contrato indefinido los primeros 500 euros de la base de cotización por contingencias comunes correspondientes a cada mes quedarán exentos de cotización durante cuatro años".

4.3. La mejora de la prevención: ¿es conveniente repensar el principio de causalidad?

En realidad, lo que más llama la atención de las propuestas de reforma que se han examinado es la escasa atención que se presta a la actuación coercitiva en relación con el uso injustificado de la contratación temporal. En los dos acuerdos se alude como hemos visto a la garantía de "una tutela judicial efectiva que evite su uso abusivo". Y sólo en el suscrito primero entre PSOE y C's se previó la "puesta en marcha con la mayor urgencia de un Plan de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que luche contra la explotación y la precariedad laboral". Esta falta de atención contrasta claramente con las ideas que viene manejando la doctrina y que insisten en la necesidad de mejorar los mecanismos de índole coercitiva frente al uso injustificado de la contratación temporal, tanto en su configuración normativa como en relación con su real efectividad práctica. Como se ha indicado recientemente, es necesario distinguir el uso justificado de los contratos temporales del injustificado y actuar sobre este de forma diferencial. En concreto se ha propuesto que deberían incrementarse los efectos negativos que se despliegan sobre las empresas en los casos en los que se acredite el uso desviado de los contratos de duración determinada. Y ello en tres líneas distintas: el reconocimiento de una indemnización "absoluta significativa mínima para cualquier contrato temporal injustificado", con independencia de la antigüedad; la asunción por la empresa de las prestaciones por desempleo —o un incremento retroactivo de las cuotas del período de irregularidad—; y, en fin, la notificación a la autoridad laboral con automaticidad en la imposición de la sanción administrativa correspondiente⁷.

⁷ CRUZ VILLALÓN, J., "La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual", DRL 3(2016), pp. 209 ss. (p. 222).

Frente a estas propuestas de introducción de fórmulas realmente disuasorias frente el uso injustificado de los contratos temporales, la “tutela judicial efectiva” en la que se insiste en los documentos políticos examinados más arriba es con toda probabilidad la misma de siempre. La insistencia en ella se explica probablemente en la necesidad de separar los nuevos contratos de la propuesta originaria de contrato «único» –que, como se recordará, limitaba la tutela judicial a “los despidos por razones discriminatorias”–. De este modo, se está pensando en la posibilidad de acudir a la acción de despido en los casos en los que la contratación se salga de los cauces legales, fundamentalmente en el terreno de la causalidad. Y, por tanto, los límites de eficacia que hemos considerado más arriba continúan siendo aplicables, sin que parece posible que por vía interpretativa pueda llegarse más lejos. Es verdad que se han formulado algunas reconstrucciones interpretativas dirigidas a incrementar la protección de los trabajadores temporales mediante la reconducción a la nulidad del despido de las extinciones por vencimiento del término acordadas en contratos cuya cláusula de temporalidad resulte irregular⁸. Pero, al margen del impacto que podría tener sobre una institución que conserva funcionalidades, no es fácil aceptar esta reconstrucción por vía interpretativa. Después de todo, el “fraude de ley”, conforme al art. 6.4 CC, no impedirá “la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”, lo que supone entender que los contratos temporales fraudulentos devienen indefinidos, compartiendo por tanto su tutela con la que el ordenamiento dispensa para estos. Otra interpretación conduciría a una extraña diferenciación entre los trabajadores fijos y los temporales que no resultaría posible justificar.

En definitiva, pues, si de verdad se quiere corregir el rumbo en la materia, es precisa una reforma normativa que incremente de verdad la presión sobre las empresas en los casos de uso injustificado de la contratación de duración determinada. Ahora bien, creo que esta medida no puede tomarse aisladamente. Las fronteras entre su uso regular e irregular no son tan seguras como pudiera parecer; ni permanecen fijas a lo largo del tiempo. En este contexto, actuar sólo sobre los efectos sin proceder previamente a dotarlas de la mayor certeza posible podría tener un efecto imprevisible sobre la dinámica del mercado de trabajo. Para evitarlo, podría ser interesante repensar el propio principio de causalidad puesto que éste, tan lleno de recovecos y grietas, no se ha mostrado como un dique de contención efectivo frente al uso irregular de la contratación. En el nuevo marco del contrato de “protección creciente” podría ser sustituido –o, cuando menos, complementado–, por unos límites más sencillos y, a la vez, más fácilmente computables. Pero en lugar –o además– de las «viejas» causas de la contratación, el control de la contratación habría de basarse en el establecimiento de porcentajes de trabajadores o de horas de trabajo temporales sobre el total anual. Puesto que las necesidades temporales pueden variar en función de los sectores, estos porcentajes podrían ser variados por la negociación colectiva.

La ventaja de un sistema de este tipo sería doble. Desde la perspectiva empresarial, daría certeza a las decisiones de las empresas en materia de contratación. Pero, desde la perspectiva institucional, podría incrementar las posibilidades del control preventivo de la contratación temporal, incluso sin necesidad de introducir otras modificaciones de fondo en relación con los actuales efectos de recurso irregular a la temporalidad. Ello es así en la medida en que incrementaría las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo. No se trata de incrementar las sanciones sino de aumentar su efectividad preventiva. Y desde Beccaria sabemos que el efecto preventivo de acciones antijurídicas que produce su tipificación como delito –o, por lo que aquí interesa, como infracción administrativa– no deriva tanto de la extensión del tipo o de la gravedad de la sanción como de la inmediatez de su aplicación: lo relevante es “la proximidad de la pena al delito” puesto que “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”⁹.

⁸ En esta línea, y con referencias adicionales, PÉREZ REY, J., “Contrato de apoyo a los emprendedores, fomento del empleo y abuso de la contratación temporal”, en GUAMÁN, A. (dir.), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Albacete [Bomarzo], 2013, pp. 215 ss.

⁹ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), Madrid, Universidad Carlos III, 2015, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/~10016/20199/tratado_beccariahd32_2015.pdf?se=quence=1, pp. 47 y 55.

Pues bien, la eventual sustitución de la actual causalidad por un sistema objetivo de límites a los contratos temporales supondría una clara simplificación de las tareas de control. En el modelo actual, no podemos exigir un mayor esfuerzo inspector si éste constituye un trabajo de Sísifo, que se desenvuelve en un laberinto interpretativo o que impone la búsqueda una aguja en un pajar. Sin embargo, este mayor esfuerzo podría alcanzarse si, en línea con la mejora de los mecanismos de lucha contra el fraude que se han experimentado en los últimos años¹⁰, se facilita la labor inspectora al permitirse una efectiva monitorización de la contratación en un nivel 4.0, esto es a través de las técnicas modernas de minería de datos. En un contrato temporal «unificado», cuyos límites son exclusivamente numéricos, el control a distancia es mucho más sencillo. Datos ya obrantes en el sistema, a través de los existentes en la TGSS o en el SEPE, posibilitarían desarrollarlo de forma semiautomatizada...

¹⁰ Cfr. GOERLICH PESET, J.M., "Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social", RMEYSS núm. extr. sobre *Políticas de empleo y Seguridad Social en la X Legislatura*, 2015, pp. 149 ss.