

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA Y SU EFICACIA*

Rodrigo Ignacio Palomo Vélez**

RESUMEN

El presente trabajo analiza el papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en España, luego de las reformas laborales que desde la década de los noventa han venido refiriéndose a esta materia. El enfoque está centrado, de esta forma, en dar cuenta de la función que ha tenido y tiene la negociación colectiva en la regulación de los principales supuestos legales de contratación temporal de trabajadores; a saber, el contrato para obra o servicio determinados, el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato de trabajadores interinos, por ser estos los de mayor presencia en el sistema español de relaciones laborales y por constituir el objeto preferente de las diversas remisiones que el legislador laboral ha hecho a la negociación colectiva. Por tanto, no se trata en este trabajo el supuesto de contratación temporal coyuntural que aún subsiste en el ordenamiento español (contrato de fomento de empleo para trabajadores con discapacidad) ni otros supuestos específicos de contratación temporal (contratos formativos, contratos de relevo, contratos temporales por empresas de trabajo temporal, contratos temporales en las administraciones públicas, entre otros). Se estudian también los mecanismos de control de la contratación temporal en la negociación colectiva, y en este caso

* Trabajo recepcionado el 11 de marzo de 2008 y aprobada su publicación el 12 de mayo de 2008.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca. Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Actualmente cursando Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la Universidad de Valencia, España, becado por la Presidencia de la República de Chile y la Fundación Carolina, de España. Correo electrónico: rpalomo@utalca.cl

las referencias se plantean, salvo prevención en contrario, sin distinguir entre las distintas modalidades contractuales. Por último, se presenta un contrapunto con el modelo normativo chileno.

ABSTRACT

This work analyzes the role of collective bargaining in the temporary contracting regulation in Spain, after the labour reforms that, since the nineties, have been referring to this matter. Thus, the approach is focused into give account of the function that the collective bargaining has been and has, in the main legal suppositions of the temporary contracting workers' regulation; namely, the determined work or service contract; the eventual contract due to production situations and the provisional workers' contract, for being these the ones with major presence at the Spanish labour relationship system and the preferred object of the diverse references that the labour legislator has done to the collective bargaining. Therefore, this work is not about the occasional temporary contracting suppositions, that still survives in the Spanish system (promotion employment to disabled workers' contract) nor other temporal contracting specific suppositions (formative contracts, relief contracts, temporary contracts for temporary employments, public administration temporary contracts, among others). In addition, the temporary contracting control mechanisms at the collective bargaining are studied too, and in this case, the references made, do not distinguish between different contracting forms, except when prevented. Finally, one presents a comparison with the Chilean normative model.

PALABRAS CLAVES

Contratación laboral temporal, negociación colectiva, control de contratación temporal, principio de causalidad en la contratación por tiempo determinado.

KEY WORDS

Labour temporary contracting, collective bargaining, temporary contracting control, principle of causality in the temporary contracting.

I. Planteamiento Preliminar.

No se pretende en esta oportunidad cubrir el extenso manto de cuestiones relacionadas con la negociación colectiva y la contratación laboral temporal en España. El tema y su enfoque necesariamente deben ser delimitados, y en ese orden de cosas me he propuesto estudiar el papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal luego de las reformas laborales que desde la década de los noventa se han venido refiriendo a esta materia en el ordenamiento jurídico español. El enfoque está centrado, de esta forma, en dar cuenta de la función

que ha tenido y tiene la negociación colectiva en la regulación de los principales supuestos legales de contratación temporal de trabajadores; a saber, el contrato para obra o servicio determinados, el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato de trabajadores interinos¹, por ser estos los de mayor presencia en el referido sistema de relaciones laborales y por constituir el objeto preferente de las diversas remisiones que el legislador laboral ha hecho a la negociación colectiva. Por tanto, no se trata en este trabajo el supuesto de contratación temporal coyuntural que aún subsiste en dicho ordenamiento (contrato de fomento de empleo para trabajadores con discapacidad) ni otros supuestos específicos de contratación temporal (contratos formativos, contratos de relevo, contratos temporales por empresas de trabajo temporal, contratos temporales en las administraciones públicas, entre otros). Se estudian también los mecanismos de control de la contratación temporal en la negociación colectiva, y en este caso las referencias se plantean, salvo prevención en contrario, sin distinguir entre las distintas modalidades contractuales.

En concreto se aborda, en primer término y de manera genérica, un breve repaso del contexto teórico en que se ubican los problemas jurídicos indicados, a fin de refrescar las principales discusiones que se han planteado a su respecto. Sobre dicho soporte conceptual centro luego mis esfuerzos en dos cuestiones que me parecen de particular interés: a) analizar el campo de acción conferido a la negociación colectiva respecto de las dimensiones recién mencionadas de la contratación temporal, competencias que aparecen delimitadas principalmente en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); y b) valorar dicho papel regulador desde un criterio de eficacia.

Ahora bien, de entre las varias perspectivas metodológicas que permiten acercarse a este importante tema de estudio, he seguido un enfoque jurídico eminentemente dogmático, a partir las numerosas publicaciones monográficas y específicas de la doctrina española sobre la materia. Dicho análisis ha sido complementado por la revisión de sentencias representativas del Tribunal Supremo publicadas en los últimos años, y de diversos estudios de autores que han examinado la presencia y contenido de cláusulas sobre contratación temporal en convenios colectivos de diversos ámbitos y niveles, a cuya contundencia me remito.

Varias son las razones por las que se ha escogido el modelo español de relaciones laborales como objeto central de este estudio. La primera, de carácter general, radica en la indiscutible influencia que ha ejercido y ejerce dicho modelo normativo sobre nuestro sistema jurídico-laboral, pese a las diferencias que se plantean entre ambas tradiciones jurídicas. Respecto del tema

¹ Se trata, pues, de los supuestos que la doctrina tradicional española denominó estructurales, como una manera de contraponerlos con la contratación temporal coyuntural o sin causa.

específico sobre que discurre este trabajo, por su parte, el ordenamiento español aporta amplias y novedosas perspectivas acerca del contenido y función de la negociación colectiva frente a institutos laborales especialmente sensibles, como es el caso de la determinación de la duración de los contratos de trabajo y el debate latente entre la flexibilidad y la estabilidad en el empleo.

Dado lo anterior, se reflexiona finalmente sobre la situación del ordenamiento jurídico chileno frente a los temas planteados, a fin de ofrecer un contrapunto respecto del análisis del modelo español. Para ello se procura identificar las instituciones que favorecen y potencian un análisis jurídico comparado entre ambos sistemas.

II. Los intereses que juegan en la regulación de la contratación temporal por la negociación colectiva.

Tanto la contratación laboral temporal como la negociación colectiva son instituciones jurídicas especialmente sensibles a la influencia de la estructura productiva y de la coyuntura económica, sobretodo de la situación del empleo y de las características de la organización empresarial. Por ello, resulta evidente, al menos en el plano teórico, la contraposición de intereses que se plantea en la regulación de la temporalidad laboral por la vía de la negociación colectiva. Con asertividad se ha señalado que “la clasificación de los contratos según su duración es una de las cuestiones cruciales ante las que se enfrenta todo ordenamiento laboral, pues se trata de uno de los aspectos de la relación laboral donde convergen con más fuerza los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios”².

Vale la pena, antes de avanzar, recordar una prevención que – de manera muy pertinente, a mi juicio – ha hecho la doctrina. Más allá de las aspiraciones a la estabilidad en el empleo, no cabe un reproche apriorístico de la institución de la contratación laboral temporal. Ésta puede ser incluso razonable y necesaria bajo determinadas coyunturas económicas. Lo que admite juicioso cuestionamiento es su utilización injustificada o abusiva, “que genera inseguridades, descualificaciones y pérdida de perspectivas en la carrera profesional”³.

Pues bien, las libertades empresariales, ordenadas al amparo de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocidas en el artículo 38 de la Constitución

² SEMPERE NAVARRO, Antonio. “La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 58, 2005. España. P. 157.

³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. “Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 85, 2006. España. P. 31.

española, confieren al empleador “tanto la facultad de determinar el número de trabajadores a emplear cuanto la de elegir a quienes contratar”⁴. Dichas libertades empresariales están, sin embargo, limitadas por los demás derechos, libertades e intereses de origen constitucional, legal e incluso contractual. En este orden de cosas, la definición de la temporalidad laboral en la empresa no forma parte del núcleo esencial o inmaculado de la potestad jurídica de dirección del empresario, y admite en tanto intervención de diversas fuerzas reguladoras, entre ellas, de la negociación colectiva.

En este contexto, y bajo el marco de acción que brinda la Constitución española, había sido la ley – y su desarrollo reglamentario – la principal vía de articulación de los intereses de trabajadores y empresarios en materia de contratación laboral, sin que se hayan planteado en todo momento límites a las libertades empresariales. En efecto, la presencia del principio de estabilidad en el empleo es relativamente nueva en el ordenamiento jurídico español⁵. Además, en su dimensión de estabilidad de entrada, esto es, en la regulación de la duración del contrato de trabajo, ha visto suceder una sinuosa evolución legislativa que ha tenido como centro los avances e involuciones del principio de causalidad en la contratación temporal⁶.

El ordenamiento legal español vigente manifiesta una preferencia – al menos en el plano normativo – por los contratos de duración indefinida frente a los contratos de duración determinada. Aunque ella no se establece expresamente, se desprende del tenor del artículo 15 ET, que al amparo del principio de causalidad sólo permite la contratación temporal en determinados supuestos legales⁷. Esta cuestión aparece reforzada respecto de los casos de contratación temporal comúnmente llamados estructurales, es decir, cuando se contrata al trabajador para la realización de una obra o servicio determinado; cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigen; y cuando se trata de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo⁸.

⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan (Dir.). *Curso de Derecho del Trabajo*. Editorial Tirant Lo Blanch, 16ta. Edición, España. 2007. P. 313.

⁵ Fue la Ley de Relaciones Laborales de 1976 la que lo consagró por primera vez de manera expresa en el ordenamiento español.

⁶ Para un completo estudio sobre esta cuestión, véase: AGUILERAIZQUIERDO, Raquel. “El principio de causalidad en la contratación temporal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 33, 2001. España. Pp. 99-122.

⁷ En este sentido, véase: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; otros. *Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*. Editorial Tirant lo Blanch, 2da. Edición, España. 2007. P. 85; y RAMÍREZ MARTÍNEZ. Op. cit. P. 324.

⁸ Así lo ha entendido también la jurisprudencia española, incluso luego de las modificaciones legales que cambiaron la terminología del artículo 15 ET, dejando atrás la expresa presunción de contrato indefinido. En efecto, el Tribunal Supremo ha fallado por la preferencia del contrato indefinido, señalando que “el de duración determi-

Con todo, el panorama de fuentes normativas sobre la contratación temporal en España ha ido adquiriendo mayor complejidad desde la reforma laboral de 1994, hito que marca el quiebre de la primacía de la ley en la regulación de estas cuestiones, para dar paso a una serie de remisiones a la negociación colectiva. Las primeras, en clave de complementariedad y subsidiariedad, para permitir en la actualidad incluso relaciones de suplementariedad.

La conveniencia de regular a través de convenios colectivos algunos de los múltiples aspectos de la contratación temporal ha sido explicada desde diferentes perspectivas. Junto con la posibilidad de revisar en forma periódica la normativa acordada, conforme a la eficacia temporal de los convenios, otra de las razones para trasladar a la negociación colectiva parte de la regulación de una materia reservada tradicionalmente a la ley radica en la posibilidad de que aquella asuma un papel de adecuación de la normativa con la realidad social en que se aplica. Así lo reconoció el propio legislador español cuando en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, la primera que cede competencias expresas a la negociación colectiva en materia de contratación temporal, señaló que aquella “debe ser un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad, por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas”.

En estrecha vinculación con lo recién señalado, se ha encomiado la institucionalización de este papel de la negociación colectiva atribuyendo a las cláusulas de los convenios colectivos una especie de legitimidad reforzada en el origen, dada la concertación que se produce entre los sujetos normados. Pese a que en ocasiones se han puesto en tela de juicio las consecuencias positivas del consenso entre los agentes sociales, dado el carácter generalista que suele primar en las soluciones concertadas, es innegable que la negociación colectiva – en cuanto escenario dúctil de concertación social – puede desempeñar un papel central en la búsqueda de fórmulas que permitan armonizar el desarrollo económico y la mejora en las condiciones de trabajo. Ciertamente, el reparto equilibrado de poder entre los agentes sociales y económicos es signo de madurez de un sistema de relaciones laborales.

Sin embargo, y pese a todos los esfuerzos, las tasas de contratación laboral temporal en España siguen superando el 30% del total de contratos suscritos y vigentes, porcentaje muy superior a la media que exhibe la Comunidad Europea, sin que los índices hayan disminuido

nada sólo es posible en los casos que la norma explicita” (sentencia en unificación de doctrina de 06 de mayo de 2003, AR 2003/5765). Éste último corresponde al número de referencia con que la sentencia aparece en la base de datos Aranzadi Westlaw (www.westlaw.es). Se advierte que las sentencias citadas en este trabajo se encuentran disponibles en dicho recurso electrónico o en www.tirantonline.com (en este caso el número va precedido por la sigla TOL).

sustancialmente luego de las reformas laborales implementadas en los últimos años. Parece ser que la utilización excesiva y abusiva de la contratación temporal se ha convertido en un problema que se ha enquistado en el sistema de relaciones laborales español.

III. EL CAMPO DE ACCIÓN CONFERIDO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL.

1. Funciones encomendadas a la negociación colectiva en materia de contratación temporal.

En términos generales, puede señalarse que a partir de la reforma laboral española de 1994 el legislador ha venido posibilitando la intervención de la negociación colectiva en materia de contratación temporal, ensanchando progresivamente sus márgenes de competencia. En la actualidad, las remisiones legales a los convenios colectivos dicen relación fundamentalmente con la identificación de los principales supuestos de contratación temporal, con la regulación de aspectos concretos de su régimen jurídico, y con el control y limitación de posibles abusos y excesos. Sin embargo, estas tres cuestiones no siempre han sido igualmente priorizadas, por lo que para una correcta comprensión de las funciones encomendadas a la negociación colectiva en materia de contratación temporal conviene hacer un breve repaso por los propósitos y alcances de las distintas reformas laborales que han tratado estos temas.

Primeramente, el conjunto de leyes que conformaron la reforma laboral de 1994⁹ intentó restablecer el principio de causalidad en la contratación temporal, luego que la Ley 32/1984 hubiera liberalizado el texto original del Estatuto de los Trabajadores en esta materia, al posibilitar con carácter general la contratación temporal coyuntural o no causal. Para ello, el legislador introdujo una mayor rigidez en el acceso al empleo, que se compensó con una mayor flexibilidad en el desarrollo de la relación laboral y en los instrumentos de salida.

Respecto de la negociación colectiva, la reforma intentó potenciarla y dotarla de mayor funcionalidad, atribuyéndole – sin someterla a límites o controles – un papel de adecuación de las distintas modalidades de contratación temporal existentes a las necesidades y características

⁹ La reforma laboral de 1994 estuvo constituida por tres leyes: Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación; Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modificó determinados artículos del ET y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social; y Ley 14/1994, de 01 de junio, que reguló las empresas de trabajo temporal.

de cada sector empresarial¹⁰. En concreto, autorizó a los convenios colectivos sectoriales la posibilidad de concretar ciertos aspectos de la configuración y contenido de los contratos eventuales y por obra o servicio determinados. Esta función de adaptabilidad, según explicitó la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, estaba lejos – al menos en el papel – de significar una renuncia a la causalidad de la contratación temporal, sino que pretendía “arbitrar aquellas fórmulas de contratación que se adecuen más exactamente a las reales necesidades de las empresas y de los individuos”, cuestión en la que la negociación colectiva ciertamente podía desempeñar un rol relevante.

La constatación de la permanencia de unos elevados índices de temporalidad y rotación laboral llevaron a que la legislatura de 1997 tomara nuevas medidas en la materia. Entre ellas, efectuó nuevas remisiones a la negociación colectiva, claro que con una lógica distinta a la que primó en 1994. En efecto, la reforma laboral de 1997, concretizada en la Ley 63/1997, restringió las vastas facultades concedidas a los convenios colectivos para determinar los supuestos de contratación temporal, y le sumó a la negociación colectiva un papel de control del uso generalizado de la temporalidad laboral¹¹, llevando así al terreno normativo la esencia del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo del mismo año.

Ahora bien, la reforma de 2001, contenida en la Ley 12/2001, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, buscó “reforzar los positivos aunque todavía limitados efectos de la de 1997”¹², incorporando al ordenamiento español las orientaciones comunitarias dadas por la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la Unión de Confederaciones de la Industria de la Europea (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES). Uno de los principios fundamentales plasmados en la citada normativa es el establecimiento de medidas destinadas a evitar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos temporales. De acuerdo a la cláusula 5 de la Directiva, la responsabilidad primera en dicha tarea la tienen los Estados miembros, reconociéndose de todas formas un rol supletorio a los acuerdos colectivos.

¹⁰ En este sentido, véase: AGUILERA IZQUIERDO. Op. cit. P. 107; SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales”. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.). *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*. Editorial Tirant lo Blanch, España. 2004. P. 182; y SEMPERE NAVARRO. Op. cit. P. 152.

¹¹ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 183-184.

¹² Ibid. P. 184.

Concretamente, la previsión de mayor novedad de la reforma de 2001 fue la de otorgar a los convenios colectivos, sin ningún tipo de restricción, la posibilidad de establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal. De cualquier forma, bien ha apuntado la doctrina que la negociación colectiva siempre ha dispuesto de esta facultad, aún cuando no estuviera expresamente recogida en la ley, por lo que el espíritu de la reforma pareció estar llamado por el “deseo de encontrar aliados en un terreno donde normalmente sólo operan los tribunales”¹³.

Por último, cabe anotar que la reforma laboral española de 2006 vino a potenciar el rol de control de la contratación temporal por la negociación colectiva, aportando precisión a la escueta llamada original “que tan parco resultado obtuvo tras la reforma de 2001”¹⁴, prioritariamente en lo referido a los límites del encadenamiento contractual.

En definitiva, queda de manifiesto que las remisiones legales en las referidas reformas laborales han fluctuado entre dos almas¹⁵, encomendando a la negociación colectiva, aunque con distintas intensidades, la tarea de acometer una regulación más flexible y diferenciada sobre ciertos tópicos de la contratación temporal, y la posibilidad de establecer mecanismos de control cuando ella resulta abusiva.

2. El contenido de las remisiones a la negociación colectiva en materia de contratación temporal.

Ya se ha adelantado que las remisiones a la negociación colectiva en materia de contratación laboral por tiempo determinado apuntan fundamentalmente en tres direcciones: a) identificación de supuestos de contratación temporal; b) incidencia en el régimen jurídico; y c) control y limitación de la contratación temporal. Sin embargo, para su mejor comprensión, conviene distinguir entre las remisiones que la ley hispana hace a la negociación colectiva en atención a supuestos específicos de contratación temporal, y las remisiones sobre mecanismos que buscan contener su utilización abusiva, de aplicación general.

2.1. Contratos por obra o servicio determinados. Conforme establece la letra a) del artículo 15.1 ET, este supuesto legal procede cuando se contrata al trabajador “para la realización

¹³ SEMPERE NAVARRO, citado en AGUILERA IZQUIERDO. Op. cit. P. 120.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ. Op. cit. P. 37.

¹⁵ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 180; y ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. N° 1, 1997. España. P. 207.

de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta”¹⁶.

La misma norma faculta a los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, para “identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”.

Si bien se ha señalado que la *ratio legis* pretendida es “reducir las posibilidades para la interpretación judicial y dejar la misma en manos de las partes que negocian los convenios”¹⁷, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la competencia de los convenios colectivos se circunscribe a “identificar” aquellas obras o servicios susceptibles de esta contratación sólo en aquellos supuestos en que tengan autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, pudiendo impugnarse el convenio – como efectivamente ha ocurrido – en caso contrario por ilegal¹⁸. Ello sería procedente, por ejemplo, en aquellos casos en que la identificación del contrato de obra o servicio sirviese de excusa para intentar configurar nuevas formas de contratación temporal, no incluidas en la causalidad legal. En otras palabras, la acción de la negociación colectiva en estos casos no extrae del control jurisdiccional el examen de la adecuación del contrato con la actividad de que se trate.

2.2. Contratos eventuales por circunstancias de la producción. El artículo 15.1.b ET establece la procedencia de este contrato cuando lo exijan las “circunstancias de mercado, acumulación de trabajo o exceso de pedidos”, aun tratándose de la actividad normal de la empresa¹⁹.

¹⁶ El objeto del contrato por obra o servicio determinado es reiterado por el artículo 2.1 del Real Decreto 2720/98, que desarrolla el artículo 15 ET en materia de contratos de duración determinada.

¹⁷ SALA FRANCO, Tomás (Dir.). *Relaciones Laborales 2007*. Editorial Tirant lo Blanch, España. 2007. P. 82. Así se desprende también del artículo 2.1 del Real Decreto 2720/98, que dispone que en aquellos casos en que el convenio colectivo recoja el guante lanzado por el legislador “se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización”.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 24 de septiembre de 1998 (AR 1998/8551), de 26 de octubre de 1999 (TOL 47666), de 23 de septiembre de 2002 (AR 2003/704) y de 22 de febrero de 2007 (AR 2007/2883), y en las sentencias del mismo Tribunal de 17 de diciembre de 2001 (AR 2002/2028 y AR 2002/2116) y de 07 de marzo de 2003 (AR 2003/4499).

¹⁹ Lo propio dispone el inciso primero del artículo 3.1 del Real Decreto 2720/98.

Respecto de este tipo contractual, el legislador también otorga sendas atribuciones a la negociación colectiva distinguiendo, en este caso, los tipos de convenios colectivos que pueden ser destinatarios de las remisiones legales.

En primer término, por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior²⁰, puede modificarse “la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se pueden realizar”, en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se pueden producir y dentro de unos límites temporales que fija la propia ley. A este respecto, el artículo 3.2 del Real Decreto 2720/98 ha precisado que los referidos convenios colectivos pueden modificar indistintamente la duración máxima de los contratos eventuales, el periodo dentro del cual se pueden realizar, o ambas cuestiones.

Por otro lado, la ley faculta a las partes para determinar por convenio colectivo las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa. Pese a que el legislador remite estas atribuciones al convenio colectivo, sin distinción, la jurisprudencia ha sentenciado que el destinatario de este envío puede ser cualquier convenio colectivo, incluido el de empresa, siempre que se trate de convenios estatutarios²¹.

Tal como se señaló respecto de los contratos por obra o servicio determinados, la remisión de la ley al convenio colectivo para la delimitación de supuestos en que procede la contratación eventual “no da una libertad total sino limitada por el concepto legal de eventualidad”²². Por tanto, la competencia de los convenios colectivos consiste en “determinar” las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales, debiendo entenderse el término en sentido restringido.

²⁰ Se excluyen, por tanto, los convenios de empresa y los acuerdos colectivos de ámbito inferior a la empresa.

²¹ Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 20 de noviembre de 2003 (TOL 230289 y TOL 332330, respectivamente).

²² SALA FRANCO. Op. cit. P. 94. Así lo ha ratificado la jurisprudencia, por ejemplo, en sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 (TOL 135771 y TOL 135772). Es válida, por tanto, la misma prevención efectuada respecto de los contratos por obra o servicio determinados, respecto de la prevalencia que en principio tiene la regulación convencional, conforme establece el inciso segundo del artículo 3.1 del Real Decreto 2720/98.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de contratos eventuales y la plantilla total de la empresa, la doctrina ha entendido que se permite incluso a los convenios fijar un número máximo de trabajadores eventuales a contratar²³.

2.3. Contratos por interinidad. El artículo 15.1.c ET dispone que esta modalidad contractual es procedente “para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo”, exigiéndose que en el contrato respectivo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución, y que se trate de supuestos de suspensión contractual en que es válida la contratación de interinos²⁴. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la ley no reconoce ningún espacio a los convenios colectivos en la determinación del régimen jurídico del contrato de interinidad²⁵, sin perjuicio de las normas generales sobre el objeto de la negociación colectiva, que dan amplia libertad a las partes para determinar el contenido de los convenios. Pese a lo anterior, el Real Decreto 2720/98, que desarrolla el artículo 15 ET, se refiere expresamente a la posibilidad de regular convencionalmente las situaciones de reserva de trabajo en las que cabe la utilización de este contrato (artículo 4.1) y a algunos aspectos de su régimen jurídico, como la posibilidad de modificar por esta vía la regulación reglamentaria del preaviso por extinción del contrato (artículo 8.3).

2.4. Control de la contratación temporal abusiva. Tal como se indicó, las reformas laborales de 2001 y 2006 han tenido entre sus objetivos primordiales el fomentar, mediante diversas propuestas normativas, el rol de control que puede desempeñar la negociación colectiva respecto de la contratación temporal en España. De esta manera, el legislador parece admitir que la sola regulación legal es un instrumento insuficiente para evitar la utilización indeseada de los contratos de duración determinada, y reacciona posibilitando la actuación de la negociación colectiva, ahora sin distinguir entre las distintas modalidades contractuales²⁶.

En este sentido, la reforma de 2001 modificó el artículo 15 ET incitando a los convenios colectivos – en general – a establecer requisitos dirigidos a prevenir abusos en la utilización

²³ RAMÍREZ MARTÍNEZ. Op. cit. P. 329. En una posición más matizada, SALA FRANCO. Op. cit. P. 95.

²⁴ A este supuesto se le denomina “contrato de sustitución”. El inciso segundo del artículo 4.1 del Real Decreto 2720/98 dispone otro supuesto en que es procedente la contratación de trabajadores interinos: “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva” (contrato de ocupación de vacante).

²⁵ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 217.

²⁶ CARDENAL CARRO, Miguel. “Cuestiones relativas a la contratación temporal estructural en la reforma de 2001”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 61, 2001. España. P. 221.

sucesiva de la contratación temporal (artículo 15.5 ET). Además, remitió a los convenios la posibilidad de establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos (artículo 15.7 ET), y empoderó a los convenios colectivos sectoriales para acordar los requisitos y especialidades de la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos (artículo 15.8 ET).

La Ley 12/2001 modificó también el artículo 49.1.c ET, imponiendo al empleador la obligación de pagar una indemnización al término de determinados contratos temporales (contratos eventuales y por obra o servicio determinados). Más que compensar al trabajador por la situación de precariedad que subyace en la contratación laboral temporal, se ha señalado que esta medida tuvo la intención de “encarecer su empleo y, por esta vía, desalentarlo”²⁷.

El principal papel de la negociación colectiva en esta materia está referido a la definición de la cuantía de esta indemnización. En efecto, la ley dispone que su importe será el equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o el que se establezca, en su caso, por la “normativa específica que sea de aplicación”. En dicha norma hay, por tanto, una remisión que atañe también a la autonomía colectiva.

Por su parte, la Ley 26/2006, para la mejora del crecimiento y del empleo, incorporó como una de sus principales novedades el desarrollo de las medidas legales del artículo 15.5 ET, con el propósito de evitar los abusos presentes en la excesiva tasa temporalidad de los contratos laborales. En este sentido, la reforma de 2006 vino en avanzar por la senda iniciada por el legislador de 2001, modificando la escueta redacción original de la norma para referirse concretamente a dos supuestos de sucesión de contratos temporales: el encadenamiento de contratos y la rotación de sucesivos trabajadores temporales en el mismo puesto de trabajo.

En ambos supuestos hay una reiteración en la contratación temporal, con el mismo empresario y para el mismo puesto de trabajo. Si además coincide el trabajador contratado, se tratará de un encadenamiento de contratos temporales. De lo contrario, si los trabajadores contratados son distintos, se estará frente al efecto de rotación sobre el mismo puesto de trabajo²⁸.

Las medidas legales en comento ya no buscan sancionar las conductas que han vulnerado la normativa legal o reglamentaria sobre contratación temporal, sino que desde una perspectiva

²⁷ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 226.

²⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia”. *Actualidad Laboral*. N° 17, 2006. España. P. 2041.

preventiva se alzan sobre supuestos que son, en principio, lícitos, siempre que se den en un marco de respeto de la causalidad legal²⁹. No obstante, la persistencia de elevados índices de temporalidad laboral ha motivado que el legislador les ponga cortapisas, aunque de manera indirecta, invocando la intervención de la negociación colectiva.

En primer término, la reforma de 2006 ha permitido implícitamente que la negociación colectiva profile el supuesto de hecho contemplado en el primer inciso del artículo 15.5 ET, referido al encadenamiento de contratos de trabajo temporales en un mismo puesto de trabajo, concretando las dudas interpretativas que el precepto plantea o mejorando la regulación legal³⁰, salvo en aquellos aspectos que revisten el carácter de derecho necesario; concretamente, la existencia de una cadena de contratos, la duración de la misma y su efecto de conversión en contrato indefinido³¹.

Por otra parte, la redacción vigente del inciso segundo del artículo 15.5 ET señala que la negociación colectiva establecerá, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de la figura de la rotación de sucesivos trabajadores temporales (con contratos de obra o servicio determinados o eventuales) en el mismo puesto de trabajo, exista o no solución de continuidad. En este caso, a diferencia del mecanismo contemplado para el encadenamiento de contratos, el legislador no define ni la manera de prevenir los supuestos de rotación ni las consecuencias de su ocurrencia, encomendando dichas faenas a la negociación colectiva³².

Se ha criticado la orientación fundamentalmente cuantitativa de estos controles, por sobre la limitada fijación de límites cualitativos en la utilización de la contratación temporal³³. En

²⁹ Aunque el enfoque de los mecanismos de control de la contratación temporal planteados por la reforma de 2006 es eminentemente preventivo y no reaccionario, no se puede desconocer que la sanción de estas conductas sigue siendo un mecanismo para desincentivar su reiteración. Se ha señalado, a mayor abundamiento, que se trata de “mecanismos de lucha contra el abuso *de* la contratación temporal y no de mecanismos que pretendan evitar el abuso *en* la contratación temporal” (Ibid.).

³⁰ Podría, por ejemplo, “reducir el plazo de 24 meses para que se convirtiese el contrato temporal en indefinido; o se podría ampliar el periodo de referencia” (GORELLI HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 2048).

³¹ En este sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ. Op. cit. P. 52.

³² Pese a que en este trabajo se han utilizado indistintamente las expresiones “negociación colectiva” y “convenios colectivos”, nótese que éste es el único caso en que el legislador español se remite a la negociación colectiva y no a uno de los instrumentos jurídicos que de ella emanan: los convenios. Ello ha sido interpretado como una remisión a todos los productos derivados de la negociación colectiva, estatutarios y extraestatutarios (GORELLI HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 2049-2050).

³³ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 220-221.

efecto, respecto de la rotación de trabajadores temporales el legislador se remite a la negociación colectiva sin aportar ningún criterio objetivo de referencia ni previsión supletoria en caso de que ésta no se pronuncie. Invierte de esta manera el *modus operandi* diseñado por la Directiva 1999/70/CE, que instaba a la ley a fijar una regulación mínima sobre la que podría operar la negociación colectiva³⁴.

Asimismo, se ha malmirado la redacción de la norma contenida en el artículo 15.5 ET por utilizar conceptos que pueden dar lugar a amplias y confusas interpretaciones. Es el caso de la voz “abusiva” utilizada por el precepto en comento, aunque hay cierto consenso en que con ella el legislador ha querido significar el uso excesivo de contratos temporales, sin suponer *per se* una utilización ilegal o fraudulenta de los mismos. La calificación del abuso respondería, por tanto, a una “contemplación conjunta de la evolución del índice de empleo en la empresa, y las proporciones existentes entre contratación temporal e indefinida”³⁵.

Respecto de la referencia legal al “mismo puesto de trabajo”, se la ha cuestionado especialmente en su utilización respecto del supuesto de encadenamiento de contratos temporales, basándose en que “la movilidad funcional permite, con absoluta facilidad, que el trabajador cambie de puesto de trabajo, limitándose así los efectos de esta regulación”³⁶. En otras palabras, se trata de una fórmula legal rígida, que se contradice con la configuración de la estructura empresarial moderna³⁷.

Más allá de las críticas, se ha destacado que lo que realmente se pretende con la reforma es “involucrar a los agentes sociales en la batalla, por el momento perdida, frente al uso indiscriminado de contrataciones temporales”³⁸. En este último sentido se ha señalado también que la norma no es una llamada a alterar el régimen jurídico de estos contratos, sino una invitación

³⁴ En este sentido, véase: NICOLÁS BERNARD, José Alberto. “La negociación colectiva frente a la utilización abusiva de la contratación temporal encadenada”. *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*. N° 8, 2003. España. P. 3.

³⁵ CARDENAL CARRO. Op. cit. P. 222-223. Respecto de los criterios que debería tener presente la negociación colectiva para considerar abusiva la sucesión de contratos temporales, véase también: GORELLI HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 2038; y NICOLÁS BERNARD. Op. cit. P. 4 y siguientes.

³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “La reforma laboral española de 2006”. *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 126, 2007, N° 1 - 2. OIT. P. 130.

³⁷ GORELLI HERNÁNDEZ. “La reforma laboral 2006...”. Op. cit. P. 2044. La cuestión podría haberse evitado si la norma hubiese hecho referencia, en el caso del encadenamiento de contratos, a las “mismas funciones”. Mayor sentido tiene la exigencia de ocupar el mismo puesto de trabajo para que se configure el supuesto de rotación de trabajadores, ya que en este caso eso es precisamente lo que se pretende evitar.

³⁸ SEMPERE NAVARRO. Op. cit. P. 171.

que la ley hace a la negociación colectiva para ser cómplice en el destierro de los abusos que se cometen en la utilización sucesiva de la contratación temporal, mediante requisitos que se traduzcan en conductas fiscalizadoras, divulgadoras, autocontroladoras, etc.³⁹.

IV. EFICACIA DE LAS REMISIONES PARA REGULAR CONVENCIONALMENTE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: LA RESPUESTA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA Y SUS GARANTÍAS.

1. Eficacia de entrada.

Se pretende en este punto, a partir de elementos normativos y fácticos, determinar si la negociación colectiva ha recogido el guante lanzado por el legislador, es decir, si está o no incorporando cláusulas que regulen los aspectos de la contratación temporal que se han venido señalando, sin ahondar todavía en el contenido específico de dichas estipulaciones convencionales.

En principio, la regulación convencional, por la vía colectiva, de determinados aspectos de la contratación temporal cabe dentro de la libertad general de fijación del contenido de los convenios colectivos⁴⁰, siempre que se respeten “las normas legales y reglamentarias imperativas: tanto las normas imperativas absolutas como las normas mínimas imperativas”⁴¹. En efecto, las amplias materias que pueden ser abordadas por la negociación colectiva en España y sus límites están definidas de manera genérica principalmente por los artículos 3.3, 82.2 y 85.1 ET.

Dicho de otra manera, las reformas laborales que se han sucedido desde la década de los noventa en el país ibérico han venido a dar reconocimiento legal a facultades que ya tenían los convenios colectivos, pero que se han pretendido reforzar dotándolas de una mayor extensión y difusión⁴², siempre dentro de unos límites garantizados heterónomamente. En este escenario,

³⁹ Ibid.

⁴⁰ También se habla de “competencia universal del convenio colectivo en materia laboral”. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. “Las relaciones ley – convenio colectivo”. En ROJO TORRECILLA, Eduardo (Coord.). *Las reformas laborales de 1994 y 1997*. Editorial Marcial Pons, España. 1998. P. 22.

⁴¹ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; otros. *Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas*. Editorial Tirant lo Blanch, 2da. Edición, España. 2007. P. 162.

⁴² En este sentido: GIL SUÁREZ, Luis. “El contenido de la negociación colectiva en materia de contratación: el papel del convenio colectivo en la relación de las figuras contractuales”. En XI JORNADAS SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. *Empleo, Contratación y Negociación Colectiva*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España. 1998. P. 42.

antes de las reformas laborales que se han venido comentando ya existían convenios colectivos que trataban estos temas. Lo que ocurre es que ahora las regulaciones convencionales se dan en otro contexto, definido específicamente por el legislador, donde “cuando menos potencialmente pueden tener una significación diferente”⁴³.

En la actualidad, dada la especial naturaleza del Derecho del Trabajo, las normas imperativas, absolutas y relativas, siguen siendo las más frecuentes en la legislación laboral, pero ceden terreno a otras que son dispositivas, es decir, el legislador encarga su regulación a otras fuentes del Derecho, reservándose eso sí la facultad de regular la materia en cuestión él mismo, en cualquier momento, con carácter imperativo. En principio, las normas que contienen las remisiones legales a la negociación colectiva en materia de contratación temporal son normas de carácter dispositivo. Al respecto, cabe distinguir los diferentes tipos de relaciones que pueden generarse entre la ley y los convenios colectivos⁴⁴. En primer lugar, existen supuestos de remisión propiamente tal de la ley al convenio colectivo, sin que se plantee una regulación legal subsidiaria. Estas relaciones de complementariedad se plantean en el inciso segundo del artículo 15.5 ET (fijación de requisitos para evitar la utilización abusiva de contratos temporales con rotación de trabajadores en el mismo puesto de trabajo) y en el inciso tercero del artículo 15.1.b ET (fijación de criterios generales relativos a la adecuada relación entre contratos eventuales y la plantilla total de la empresa). Hay también llamamientos de la ley a la regulación convencional, pero estableciendo, en defecto de la misma, una regulación legal subsidiaria, como ocurre con el inciso primero del artículo 15.1.b ET (modificación de la duración periodo de referencia máximos en los contratos eventuales) y con el artículo 49.1.c ET (determinación de la cuantía de la indemnización por término de contratos eventuales estructurales). Por último, se han establecido supuestos en que la ley invita al convenio colectivo a completar la regulación que ella misma ha hecho, sin contradecirla, generándose una relación de complementariedad como la que surge del artículo 15.1.a ET (identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia para efectos del contrato por obra o servicio determinados) y del inciso tercero del artículo 15.1.b ET (determinación de las actividades en que pueden contratarse trabajadores eventuales)⁴⁵.

Siguiendo este orden de cosas, cabe analizar ahora los elementos normativos que determinan la eficacia de entrada de las remisiones del legislador a la negociación colectiva en materia de contratación temporal. Una primera cuestión a considerar es que una vez puestos

⁴³ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 221.

⁴⁴ Véase un buen análisis sobre esta materia en ALARCÓN CARACUEL. Op. cit. Pp. 11-39.

⁴⁵ Recuérdese, en todo caso, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido que el núcleo de los elementos causales para determinar los supuestos de contratación temporal es parte del derecho necesario absoluto, y por tanto, es indisponibles por la negociación colectiva.

estos temas en las mesas negociadoras, rige el deber general de negociar (art. 89.1 ET). Dicho deber pierde fuerza, no obstante, al no existir obligación de iniciar negociaciones sobre estas materias ni de arribar a acuerdo sobre las mismas, por no tratarse – en principio – de cláusulas que integren el contenido mínimo de los convenios, conforme al artículo 85.3 ET.

Conforme se extrae de la redacción de la mayoría de las remisiones legales sobre contratación temporal, es facultativo para los convenios colectivos regular dichas materias, primando, como se adelantó, las relaciones de subsidiariedad y complementariedad. Sin embargo, cuando en el inciso segundo del artículo 15.5 ET el legislador se refiere a las limitaciones convencionales a la rotación de distintos trabajadores temporales en un mismo puesto de trabajo, dispone que la negociación colectiva “establecerá”, atendiendo a los criterios legales, requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de esta figura. Pese a la actual redacción de la norma, dada por la reforma laboral de 2006, resulta discutible que se trate de una nueva parcela del contenido mínimo de la negociación colectiva⁴⁶. En efecto, se ha señalado que “no parece tratarse de un contenido mínimo del convenio”⁴⁷, reconociéndose empero un papel más amplio de la negociación colectiva respecto de la contratación temporal. Esta conclusión parece estar fundada en la carencia de contenido legal de aplicación subsidiaria⁴⁸; concretamente, en la ausencia de una sanción legal específica para el caso de que la negociación colectiva no se refiera a esta materia⁴⁹.

Por último, conviene completar la visión acerca de la eficacia de entrada de estas remisiones contrastando el modelo normativo reseñado con los datos que arroja la realidad de la negociación colectiva en España. De un modo u otro, y en mayor o menor medida, los convenios colectivos han asumido su rol regulador de diversos aspectos de la contratación temporal. En términos generales, se ha demostrado que el contrato eventual es el de más frecuente regulación por la negociación colectiva⁵⁰ y que en los convenios de ámbito empresarial es donde hay menor presencia de cláusulas sobre contratación temporal o una mayor superficialidad en sus pronunciamientos⁵¹.

⁴⁶ Entre quienes ven en la actual redacción del inciso segundo del artículo 15.5 ET un nuevo contenido mínimo de la negociación colectiva se encuentra LAHERA FORTEZA, citado en FERNÁNDEZ LÓPEZ. Op.cit. P. 53.

⁴⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ. Op. cit. P. 337.

⁴⁸ Por lo tanto, bien se ha apuntado que mientras los convenios colectivos no se hagan cargo de la remisión legal, el tratamiento de la contratación temporal abusiva seguirá siendo de competencia jurisprudencial.

⁴⁹ En este sentido, véase: GORELLI HERNÁNDEZ. “La reforma laboral española...”. Op. cit. P. 130; FERNÁNDEZ LÓPEZ. Op. cit. P. 53.

⁵⁰ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 204.

⁵¹ ESTÉVEZ GONZÁLEZ, Carmen (Coord.). “Contenidos convencionales sobre contratación, empleo, empresas de trabajo temporal y cláusulas subrogatorias”. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.). *Observatorio de la Negociación Colectiva*. Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de Comisiones Obreras. España, 2002. P. 14.

Con todo, la respuesta de la negociación colectiva a las diversas llamadas del legislador no ha sido ni es uniforme, aunque ha ido acrecentándose con el tiempo⁵². En este sentido, los estudios que se han realizado han demostrado que hay una presencia efectiva de cláusulas en los convenios colectivos que se hacen cargo de aportar a la identificación de los ya referidos supuestos de contratación temporal, apreciándose variaciones según el ámbito funcional de los convenios y según el tipo de contrato de que se trate. En efecto, la práctica comercial demuestra que la concreción de los supuestos en que procede la contratación eventual es mucho menor que la presencia de cláusulas que realizan una acción similar respecto de los contratos por obra o servicio determinados. Al parecer, los convenios colectivos están intentando superar la mayor imprecisión del diseño legal de estos últimos contratos. Igualmente, se ha apuntado que estas cláusulas son más frecuentes en convenios colectivos sectoriales que en convenios de empresa.

También se evidencia un alto porcentaje de convenios que incluyen cláusulas que inciden en el régimen jurídico de los contratos temporales, siendo los principales criterios de variación en este caso el ámbito funcional de los convenios y el tipo específico de cláusulas. En concreto, la regulación de la duración de los contratos temporales ha recibido profusa atención por la negociación colectiva, especialmente en lo referido a la fijación de la duración máxima de los contratos eventuales, probablemente por la expresa remisión legal.

Ahora, las remisiones del legislador a la negociación colectiva que han tenido una menor eficacia de entrada son las vinculadas al control de la contratación temporal excesiva o abusiva, donde el porcentaje de convenios que incluyen estas cláusulas es notoriamente más bajo que el de las categorías anteriores, destacando sin embargo una creciente presencia de cláusulas referidas a la indemnización por término de contratos temporales⁵³.

⁵² Los primeros estudios realizados después de la reforma laboral de 1994 demostraron una escasa presencia en los convenios colectivos de cláusulas referidas a la contratación temporal. Ello pudo deberse a la dificultad de arribar a acuerdos en una materia en ese entonces nueva para la negociación colectiva o a la inercia de emular los contenidos de los convenios anteriores al cambio legislativo (RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín. “Aportación de la negociación colectiva a la regulación de las modalidades de contratación”. *Actualidad Laboral*. N° 1, 1997. España. P. 171). Dicha tendencia, como demuestran los trabajos de mayor actualidad, se ha revertido (SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 188).

⁵³ Véase el detalle de estas conclusiones generales en: ROCHA SÁNCHEZ, Fernando; y otros. *El papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal*. Informes y Estudios, Relaciones Laborales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España. 2006. P. 59 y siguientes.

2. El contenido de las cláusulas sobre contratación temporal en la negociación colectiva.

Para conocer el aporte real de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en el modelo normativo español, además de revisar la eficacia de entrada de las remisiones legales, se debe analizar cualitativamente la recepción por parte de la negociación colectiva de los envíos del legislador, tarea que ahora se acomete.

- 2.1. Las cláusulas referidas a la contratación por obra o servicio determinados. Las reformas laborales han autorizado expresamente a la negociación colectiva para que identifique los trabajos o tareas con sustantividad propias a efectos de proceder a la contratación por obra o servicio determinados. Aunque ya existían cláusulas en esta dirección antes del visado expreso del legislador, ellas han ido aumentando en los convenios colectivos luego de las reformas laborales. De esta manera, si bien hasta mediados de la década de los noventa se había comprobado que la posibilidad ofrecida por el artículo 15.1.a ET había sido aprovechada sólo por un número relativamente reducido de convenios colectivos⁵⁴, en la actualidad dichas cláusulas son mucho más comunes, sobre todo en convenios de ámbito estatal y de determinados sectores productivos, como el de servicios⁵⁵.

Además de la frecuente práctica de repetir en los convenios colectivos la formulación legal, de los diversos estudios existentes se puede concluir que las cláusulas convencionales no siempre han recepcionado correctamente el reenvío del legislador. Sin desconocer que existen convenios colectivos que identifican trabajos o tareas que sin duda pueden ser objeto de esta modalidad contractual, hay otros que en diversos casos han puesto en tela de juicio la tipicidad o la causalidad del contrato; en el primer caso, confundiendo con otras modalidades contractuales vigentes o fenecidas (eventual, lanzamiento de nueva actividad) y, en el segundo, extendiendo su configuración a casos que no caben en el supuesto legal⁵⁶. En efecto, la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propias “se hace a veces en términos excesivamente amplios o poco precisos, lo que en la práctica puede llevar a ciertos problemas de correcta aplicación”⁵⁷. Esta tendencia se acrecienta en los convenios sectoriales, que recurrentemente se limitan a “hipotizar teóricos posibles trabajos con caracteres generalistas, difíciles de perfilar y concretar”⁵⁸.

⁵⁴ RODRÍGUEZ SAÑUDO. Op. cit. P. 173.

⁵⁵ ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 69; SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 189.

⁵⁶ Algunos de estos casos ha sido controvertidos en sede judicial, como se ha explicitado con ocasión del punto III.2 de este trabajo. En este sentido, véase AGUILERA IZQUIERDO. Op. cit. P. 114; y los estudios de ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 239 y siguientes; ESTÉVEZ GONZÁLEZ. Op. cit. P. 20-21; ROCHA SÁNCHEZ. Op.cit. P. 74 y siguientes; y SANGUINETTI RAYMOND. Op.cit. P. 189 y siguientes.

⁵⁷ RODRÍGUEZ SAÑUDO. Op. cit. P. 173. En el mismo sentido: ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op.cit. P. 240.

⁵⁸ LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*. Editorial Tirant lo

En general, respecto de las cláusulas sobre identificación de supuestos de contratación temporal, sin desconocer su valor, debe recordarse que siempre cabe la posibilidad de someterlas a revisión judicial. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que sin renunciar a sus competencias ha asumido la habilitación legal a la negociación colectiva en esta materia⁵⁹.

De otra parte, pese a que la ley guarda silencio respecto de la posibilidad de regular convencionalmente algunos aspectos del régimen jurídico de los contratos por obra o servicio determinados, hay convenios colectivos que han acometido esta tarea al amparo del amplio objeto negocial consagrado en el ordenamiento español. De esta manera, consta que algunos convenios colectivos se refieren a la duración máxima de estos contratos, aún cuando lo normal es que dicha duración sea incierta, al depender de la causa que los sostiene⁶⁰.

También hay convenios colectivos – aunque escasos – que han establecido mecanismos de control específicos con el fin de evitar abusos e irregularidades en la utilización de estos contratos. En este sentido, cabe destacar las atribuciones que se le han otorgado a las comisiones paritarias para autorizar estos contratos en determinadas circunstancias⁶¹.

2.2. La regulación convencional de los contratos eventuales por circunstancias de la producción. En el caso de los contratos eventuales el legislador español ha sido especialmente generoso al otorgar facultades de regulación a la negociación colectiva. Ya se ha adelantado que el artículo 15.1.b ET contiene varias remisiones en este sentido.

Una de ellas consiste en determinar las actividades para las que puedan contratarse trabajadores eventuales. Como se indicó, esta llamada a complementar la identificación de los supuestos en que cabe la celebración de contratos eventuales ha sido recepcionada por la negociación colectiva de manera menos extensa y detallada, si se la compara con la remisión que en términos similares se efectúa respecto de los contratos por obra o servicio determinados.

Se ha planteado con mayor intensidad a este respecto la tendencia a reiterar las fórmulas legales y se evidencia también la propensión a la intercambiabilidad de algunos contratos temporales por otros⁶². En este caso, la mayor confusión se plantea con los contratos fijos

Blanch, España. 1997. P. 26.

⁵⁹ MARÍN CORREA, José María. “La contratación temporal”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 38, 2002. España. P. 54.

⁶⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 241; ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 91 y siguientes.

⁶¹ AGUILERA IZQUIERDO. Op. cit. P. 114.

⁶² ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 223; ESTÉVEZ GONZÁLEZ. Op. cit. P. 21-22; ROCHA SÁNCHEZ.

discontinuos, por lo que la jurisprudencia ha reaccionado colocando el acento en que la diferencia entre ambas figuras contractuales está dada en la imprevisibilidad de la necesidad de trabajo y en la ausencia de ciclos regulares que debe plantearse respecto de los contratos eventuales⁶³. Asimismo, se ha demostrado que no siempre los convenios colectivos especifican las actividades que se ajustan correctamente a este tipo de contrato, por lo que “la negociación colectiva no está haciendo uso de la facultad de control de la causalidad de los mismos que la ley le ha concedido”⁶⁴. Dicho de otra forma, el estudio de los convenios colectivos muestra que en muchos casos el concepto legal de eventualidad tambalea en su concreción convencional, que a menudo está lejos “de referirse a unas situaciones fundamentalmente episódicas para pasar a ser una variable estructural de la actividad productiva”⁶⁵.

De otra parte, el legislador ha remitido a la negociación colectiva la posibilidad de fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa. Pese a que la disposición legal se refiere sólo a los contratos eventuales, los estudios efectuados demuestran que estas cláusulas de contención de la temporalidad se han planteado mayoritariamente respecto de toda la contratación por tiempo determinado, sin distinción entre sus modalidades⁶⁶. Es más, es marginal la presencia de este tipo de estipulaciones referidas específicamente a los contratos eventuales, en atención a que en la mayoría de los casos su regulación convencional es claramente permisiva⁶⁷. De cualquier forma, se trata de regulaciones convencionales de escaso poder disuasorio en los casos excepcionales en que es recogida por los convenios⁶⁸.

Ahora bien, el reenvío de mayor novedad en materia de contratos eventuales ha sido aquel que en clave de subsidiariedad ha hecho el legislador a los convenios colectivos sectoriales, facultándolos para modificar la duración máxima de dichos contratos y el periodo dentro del cual se pueden realizar.

Op. cit. P. 86 y siguientes; y SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 205 y siguientes.

⁶³ Sobre este punto, véanse las sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 01 de octubre de 2001 (AR 2001/8488), de 04 de mayo de 2004 (AR 2004/3916), de 17 de septiembre de 2004 (AR 2004/6155 y AR 2004/6156) y de 12 de noviembre de 2004 (AR 2005/185).

⁶⁴ AGUILERA IZQUIERDO. Op. cit. P. 116.

⁶⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 236. En este sentido, véase también: LÓPEZ GANDÍA. Op. cit. P. 42 y siguientes.

⁶⁶ ESTÉVEZ GONZÁLEZ. Op. cit. P. 23 y siguientes.

⁶⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 227.

⁶⁸ ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 108 y siguientes; y SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 216.

Dado el tenor de la remisión legal, la negociación colectiva sólo excepcionalmente se ha preocupado de la duración mínima de estos contratos, y cuando lo ha hecho, se ha traducido en meras recomendaciones, de escaso valor jurídico. Sin embargo, los estudios existentes explican que la mayoría de los convenios colectivos sectoriales sí hacen referencia a la duración máxima de los contratos eventuales. Reconociéndose diversas variantes convencionales⁶⁹, los convenios fijan, en general y sin justificación causal, una dilatada duración máxima de los contratos eventuales, igual o muy próxima a la máxima permitida por la ley⁷⁰. Asimismo, se han observado otras tendencias, como la de tomar las referencias temporales del extinto contrato de fomento del empleo, o fijar amplios márgenes a la duración máxima de los contratos eventuales desatendiendo los criterios objetivos de la eventualidad y “pensando directamente en el cumplimiento de los periodos mínimos de cotización exigidos para tener derecho a ciertas prestaciones, en especial la relativa al desempleo”⁷¹. En concreto, es corriente encontrar convenios en que la duración de los contratos eventuales supera los trescientos sesenta días exigidos para acceder al nivel contributivo de la protección por desempleo⁷², incentivo que ayuda a comprender la tolerancia de la negociación colectiva a contratos eventuales de larga duración.

Por último, cabe señalar que a medida que se aumenta la duración máxima de estos contratos en los convenios colectivos, aparecen también cláusulas que mejoran el derecho del trabajador temporal a recibir una indemnización por término de contrato⁷³.

2.3. Las estipulaciones convencionales referidas a los contratos de interinidad. Los estudios efectuados sobre el contenido de los convenios colectivos en materia de contratación temporal han puesto de relieve que la regulación convencional de los contratos de interinidad es infrecuente, cuestión que puede verse influida por la ausencia de remisiones expresas a la negociación colectiva y por la menor presencia que esta modalidad contractual ocupa en el concierto general español de la contratación laboral temporal. Por lo demás, cuando se

⁶⁹ Buenas síntesis de ellas pueden encontrarse en: ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 227 y siguientes; ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 93 y siguientes; y SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 208 y siguientes.

⁷⁰ La regulación vigente establece que en un máximo de dieciocho meses, la duración del contrato no podrá exceder de las tres cuartas partes del periodo de referencia, ni pasar los doce meses.

⁷¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 224. Cabe hacer notar que esta tendencia no es exclusiva de los contratos eventuales, sino que se plantea respecto de la contratación temporal en general. Sin embargo, respecto de los contratos eventuales es más evidente, dada la facultad legal expresa de los convenios colectivos sectoriales para modificar su duración máxima y el periodo de referencia.

⁷² Exigencia contemplada en el artículo 210 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷³ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 229.

halla alguna cláusula sobre estos contratos, en general no alteran la configuración legal de su régimen jurídico. La única cuestión destacable sería el interés demostrado por algunos convenios por incorporar medidas dirigidas a favorecer la continuidad de los trabajadores interinos por sustitución en aquellos casos en que la reincorporación del sustituido no se haya producido⁷⁴.

- 2.4. Las cláusulas de control de la contratación temporal abusiva o excesiva. Antes de que el legislador español facultara expresamente a la negociación colectiva para incluir cláusulas de control de la contratación temporal abusiva, ella ya contaba con algunos convenios que establecían compromisos para la parte empresarial en orden a limitar el número de contratos de duración determinada hasta un determinado porcentaje de trabajadores fijos o de la plantilla total, o a convertir contratos temporales en indefinidos una vez cumplidas determinadas condiciones. Dichas cláusulas, más allá de la causalidad propia de estos contratos y de las necesidades objetivas de las empresas, probablemente se explicaban “como reacción frente a una utilización abusiva de la contratación temporal”⁷⁵.

Luego de las reformas laborales de 2001 y 2006, y bajo el alero de sus remisiones a la negociación colectiva, se mantiene la presencia de las cláusulas indicadas en el párrafo anterior y empiezan a pactarse con mayor frecuencia mecanismos convencionales limitativos del uso abusivo del encadenamiento contractual y de la rotación de trabajadores temporales en un mismo puesto de trabajo⁷⁶. También se han acrecentado las previsiones que mejoran el régimen legal de la indemnización por término de contratos eventuales y por obra o servicio determinados. Sin embargo, su presencia en los convenios colectivos sigue siendo cuantitativamente inferior si se les compara con las demás cláusulas comentadas.

En cuanto al primer tipo de cláusulas, pueden encontrarse aquellas que complementan las intrincadas reglas legales sobre encadenamiento de contratos temporales de un mismo trabajador, con solución de conversión en trabajadores fijos.

Pese a la habilitación legal expresa, menor presencia tienen las cláusulas convencionales limitativas de la rotación de sucesivos trabajadores temporales en el mismo puesto de trabajo. En este último caso, las exiguas estipulaciones existentes generalmente se traducen en la

⁷⁴ En este sentido, véase: Ibid. P. 242; LÓPEZ GANDÍA. Op. cit. P. 61 y siguientes; y SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 217 y siguientes.

⁷⁵ RODRÍGUEZ SAÑUDO. Op. cit. P. 171-172.

⁷⁶ SERRANO OLIVARES, Raquel. *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*. Editorial Tirant lo Blanch, España. 2003. P. 42 y siguientes.

determinación de que, cumpliéndose determinadas condiciones, dichos puestos de trabajo sólo podrán ser ocupados por trabajadores con contratos indefinidos⁷⁷. La solución parece atinada, máxime si se tiene en consideración que se trata de un supuesto de abuso en el que han intervenido sucesivamente diferentes trabajadores, cuyos contratos de trabajo – excepto el último – ya se han extinguido⁷⁸.

Respecto de las previsiones sobre las indemnizaciones por término de contratos eventuales y por obra o servicio determinados, cabe señalar que ellas gozaban de cierta presencia en los convenios colectivos incluso antes de la modificación del artículo 49.1.c ET, en 2001. Por tanto, la citada reforma legal vino a confirmar su legitimidad y a proporcionar un punto de partida para su reforzamiento a través de la negociación colectiva, especialmente en lo que dice relación con su cuantía. En concreto, estas cláusulas han mejorado cuantitativa y cualitativamente luego de la entrada en vigencia de la reforma de 2001. Si bien algunas se conforman con reiterar la obligación legal de pago de la indemnización, muchas otras aumentan su cuantía, desvinculan su importe de la duración del contrato o la hacen aplicable a tipos contractuales no señalados en la ley⁷⁹, mermando en parte el escepticismo inicial sobre la contribución de esta indemnización en el control de la contratación temporal. El comportamiento de la negociación colectiva también ha ayudado a despejar las dudas de parte de la doctrina sobre posibles efectos adversos que podía acarrear el tenor de la norma legal, en orden a facultar a la negociación colectiva para modificar el monto de la indemnización, fuese aumentándola, fuese disminuyéndola⁸⁰.

Por último, aún no es una práctica generalizada que los convenios colectivos se hagan cargo de las remisiones legales contenidas en los numerales 7 y 8 del artículo 15 ET, es decir, que prevean criterios, requisitos o procedimientos para la conversión de contratos temporales en indefinidos o en fijos-discontinuos, respectivamente. Con todo, respecto de las fórmulas convencionales de conversión de contratos temporales en indefinidos cabe señalar, sin embargo, que frecuentemente reproducen aquellos supuestos en los que, por mandato legal, los trabajadores adquieren la condición de fijos o se presumen indefinidamente contratados, sin aportar más⁸¹.

⁷⁷ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 222 y siguientes.

⁷⁸ GORELLI HERNÁNDEZ. “La reforma laboral 2006...”. Op. cit. P. 2047-2048.

⁷⁹ SANGUINETTI RAYMOND. Op. cit. P. 226 y siguientes. Véase también: CARDENAL CARRO. Op. cit. P. 233; y ESTÉVEZ GONZÁLEZ. Op. cit. P. 19.

⁸⁰ Recuérdese que el artículo 49.1.c ET establece que la cuantía de la indemnización será la definida en la ley o “la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”, de manera que no se explicita que el recurso a la primacía de la norma especial deba necesariamente significar una mejoría del importe legal. En este sentido, véase: CARDENAL CARRO. Op. cit. P. 234.

⁸¹ ESTÉVEZ GONZÁLEZ. Op. cit. P. 27 y siguientes.

3. Los instrumentos de garantía de las cláusulas sobre contratación temporal en la negociación colectiva.

El marco legal vigente en España contempla ciertos mecanismos jurídicos que procuran garantizar la eficacia de las cláusulas sobre contratación temporal una vez que ellas han sido pactadas por la vía colectiva, favoreciendo de esta manera su control por órganos públicos y la “articulación de contrapoderes colectivos en el ámbito de las relaciones laborales, que permiten compensar el poder de gestión empresarial”⁸².

3.1. Deber de información a los representantes de los trabajadores en materia de contratación temporal. Con el propósito de que la parte laboral cuente con las herramientas necesarias para afrontar en la negociación colectiva los temas concernientes a la contratación temporal, la representación legal de los trabajadores tiene derecho a recibir información sobre los contratos celebrados de acuerdo con dichas modalidades contractuales. Los empresarios deben cumplir con la obligación que es contracara del referido derecho notificándoles la realización de estos contratos o entregándoles copia básica de los mismos, según proceda (artículos 15.4 y 8.3.a ET). Asimismo, el Comité de Empresa tiene entre sus competencias la de recibir información periódica acerca de las previsiones del empresario sobre el número, modalidad y tipos de nuevos contratos, y notificación de las correspondientes prórrogas y denuncias (numerales 1 y 2 del artículo 64 ET).

La normativa estatal se encuentra, por tanto, conforme con los postulados de la Directiva 1999/70/CE, ya citada, que establece que los empresarios deberán procurar, en la medida de lo posible, facilitar la información adecuada a los órganos de representación de los trabajadores existentes sobre el trabajo de duración determinada en la empresa⁸³.

Se han encontrado, aunque en un porcentaje bastante bajo, cláusulas que amplían o desarrollan las recién referidas reglas legales, particularmente en el nivel sectorial estatal⁸⁴. Sin embargo, resulta esencial el reforzamiento de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, máxime cuando se le han entregado a la negociación colectiva sendas responsabilidades en el control de la contratación temporal abusiva, cuestión que claramente excede de los intereses meramente individuales de los trabajadores involucrados.

⁸² ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 118.

⁸³ Cláusula 7 de la referida norma comunitaria.

⁸⁴ ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 119.

- 3.2. Actuación de las comisiones paritarias. El artículo 91 ET establece que, sin perjuicio de las competencias que en todo caso caben a la jurisdicción social, las partes podrán otorgar a las comisiones paritarias atribuciones de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos. En concreto, la norma citada dispone que pueden establecerse procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de dichas controversias colectivas.

El desarrollo de esta materia en los convenios colectivos también es numéricamente mezquino⁸⁵. No obstante, la doctrina ha puesto de relieve el importante rol que están cumpliendo las comisiones paritarias en la gestión y vigilancia del cumplimiento de las cláusulas convencionales sobre contratación temporal. Particular protagonismo han tenido como garantes de los compromisos de empleo vinculados a la temporalidad laboral en la empresa, contribuyendo a resolver los problemas interpretativos y aplicativos que surgen de estas cláusulas⁸⁶.

- 3.3. La configuración de infracciones laborales y el amparo público de estas cláusulas. Junto con los recién referidos mecanismos de garantía de las estipulaciones convencionales sobre contratación temporal, el ordenamiento jurídico contempla competencias de los órganos públicos en esta materia.

Sin embargo, los controles públicos se han mostrado insuficientes. Por ejemplo, la autoridad laboral ha hecho escaso uso de las atribuciones conferidas por el artículo 90.5 ET para controlar, de oficio, la legalidad de los convenios colectivos en materia de contratación temporal⁸⁷. Un buen ejercicio de estas facultades ciertamente contribuiría a controlar la contratación temporal por la vía del respeto del principio de causalidad.

Por otra parte, es menester tener presente que el artículo 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera como infracción grave en materia de relaciones laborales “la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentaria, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva”. El precepto transcrito, junto con reconocer de manera explícita

⁸⁵ Ibid. P. 121.

⁸⁶ En este sentido, véase: SERRANO OLIVARES. Op. cit. P. 163 y siguientes.

⁸⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 258-259.

que la negociación colectiva puede complementar el diseño heterónomo de las modalidades contractuales, dispone que cuando ello ocurre, las cláusulas de los convenios colectivos gozan del mismo respaldo sancionador en caso de incumplimiento⁸⁸.

Si bien la norma es clara, para su correcta interpretación debe concordarse la alusión a los convenios colectivos con la referencia a las “cláusulas normativas de convenios colectivos” del artículo 5.1 de la misma ley, de aplicación general a todas las infracciones laborales. Lo anterior se corresponde con lo dispuesto por el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España y vigente, que en su artículo 27 aclara que el sistema de inspección del trabajo velará por el cumplimiento de las disposiciones legales, incluyendo en dicha expresión, además de la legislación, los laudos arbitrales y “los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo”.

De esta manera, la eficacia de esta norma se resiente cuando muchos de los preceptos convencionales que se refieren a la contratación temporal integran el contenido obligacional de los convenios, es decir, forman parte de los compromisos de empleo asumidos por las partes firmantes⁸⁹. Por tanto, la autoridad administrativa carecerá de facultades sancionatorias ante su infracción. El problema de su incoercibilidad surge incluso respecto de cláusulas normativas que puedan ser perseguidas por la autoridad administrativa, ya que al generar obligaciones de hacer se dificulta exigir compulsivamente el cumplimiento por naturaleza⁹⁰. Se pone de manifiesto, entonces, la necesidad de establecer mecanismos jurídicos efectivos que garanticen el cumplimiento de las cláusulas sobre contratación temporal presentes en la negociación colectiva.

V. CONTRAPUNTO: LA SITUACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO FRENTE A ESTOS TEMAS.

En este apartado no se pretende agotar el desarrollo que estos temas – la negociación colectiva y la contratación laboral por tiempo determinado – han tenido en el sistema de relaciones

⁸⁸ Un buen análisis sobre este punto se encuentra en SEMPERE NAVARRO. Op. cit. P. 161 y siguientes.

⁸⁹ Se resiente, asimismo, la efectividad de las propias cláusulas de empleo contempladas en la negociación colectiva, como las que limitan el porcentaje de trabajadores temporales en la plantilla de la empresa y algunas de las referidas a la conversión de contratos temporales en fijos. Un completo estudio sobre estas cuestiones se presenta en: SERRANO OLIVARES. Op. cit.

⁹⁰ En este sentido: OJEDA AVILÉS, Antonio. “El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo”. En XI JORNADAS SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. *Empleo, Contratación y Negociación Colectiva*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España. 1998. P. 145; y LÓPEZ GANDÍA. Op. cit. P. 97.

laborales chileno, sino que se procura presentar ciertos elementos fácticos y normativos que permiten hacer un contrapunto respecto del modelo español, recién analizado. Concretamente, cabe ahora dar breve cuenta de la regulación legal de las modalidades de contratación laboral, particularmente de las que dependen de la duración del contrato, y de los grandes pilares que permiten comprender la actual situación normativa de la negociación colectiva en Chile. La mirada de contraste se completa con una valoración de la posible conjunción de dichas instituciones y de la concreción de ambas en la realidad nacional de las relaciones laborales.

Pues bien, en cuanto a las alternativas de contrato de trabajo según su duración, el ordenamiento jurídico chileno contempla tres modalidades contractuales: el contrato de duración indefinida, el contrato a plazo fijo y el contrato por obra o faena determinada. De esta forma, frente al contrato de duración indefinida, la ley tipifica dos modalidades de contratación laboral temporal.

El contrato a plazo fijo, por una parte, es aquel en que las partes definen la fecha de término del contrato al pactar el mismo. Nuestra ley laboral no limita este tipo de contrato a determinados supuestos o circunstancias, por lo que su procedencia es general. Ahora bien, pese a que no rige a este respecto un principio de causalidad, como ocurre en el caso español, si se plantean legalmente límites a su duración máxima y supuestos en que se entienden transformados en contratos de duración indefinida⁹¹.

Por otra parte está el contrato por obra o faena determinada, también de naturaleza temporal, pero en principio de duración incierta, toda vez que ésta depende de la duración de la obra o faena para la cual es contratado el trabajador. Al contrario de la regulación que se plantea respecto de los contratos de trabajo a plazo fijo, la ley chilena no establece – al menos expresamente – limitaciones a la duración máxima de estos contratos, ni a su renovación expresa, tácita o simulada. Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha reafirmado el carácter temporal implícito en este tipo de prestación de servicios laborales, basándose principalmente en la vigencia del principio de estabilidad relativa en el empleo, y en la presencia en estos

⁹¹ En efecto, el artículo 159 del Código del Trabajo chileno (en adelante, CT) establece que el contrato a plazo fijo tendrá una duración máxima de un año, salvo respecto de determinadas categorías de trabajadores (gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por el Estado), respecto de las cuales la duración máxima de la contratación será de dos años. La misma norma dispone que los contratos a plazo fijo se transforman en indefinidos por el hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo fijado en el contrato, y por el hecho de renovar por segunda vez un contrato de plazo fijo. Además, contempla una presunción de contrato de duración indefinida, cuando concurren determinadas circunstancias que explicita.

contratos de los mismos fundamentos de regulación y similar precariedad jurídica que la que subyace a las reglas dadas para los contratos a plazo fijo⁹².

Nótese que la recién descrita clasificación de los contratos de trabajo según su duración se establece en el artículo 159 CT, en el marco de la regulación de las causales de terminación del contrato, a diferencia de lo que ocurre en el modelo normativo español, donde el artículo 15 ET se ubica en el capítulo referido al contenido del contrato de trabajo, y regula expresa y detalladamente la duración del mismo. La diferencia en la ubicación de estas normas no es meramente anecdótica, sino que, unida a la ausencia de exigencias de causalidad legal en la contratación temporal, permite sostener que el legislador chileno ha intentado garantizar cierta estabilidad laboral más por la vía de la regulación del sistema de terminación del contrato que mediante normas que restrinjan la precariedad laboral de entrada.

Con el antedicho panorama normativo, las tasas de contratación temporal en Chile bordean el 25% del total de contratos de trabajo celebrados, porcentaje que aunque es algo inferior al que se evidencia en España, de todas formas es significativo. En efecto, según la Quinta Encuesta Laboral⁹³ (en adelante, ENCLA), un 70% de los contratos de trabajo tienen el carácter de indefinidos, mientras que el 13,7% se han pactado por obra o faena y el 11,5% a plazo fijo. La misma ENCLA ha señalado que “si bien los datos de la encuesta no son estrictamente comparables con los de las anteriores encuestas, debido a los cambios en el diseño muestral (...), se aprecia una tendencia hacia la disminución de la proporción de contratos indefinidos dentro del total de contratos existentes en las empresas. A la vez, se aprecia un aumento de la participación de los contratos de plazo fijo y por obra o faena”⁹⁴.

Ahora bien, para avanzar en el contrapunto propuesto y analizar el papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en Chile, hay que tener presente la situación de ésta bajo un modelo que, aunque con algunas modificaciones, corresponde todavía al heredado del Plan Laboral.

En concreto, el actual régimen jurídico previsto para la negociación colectiva plantea importantes limitantes a la estructura de la misma, siendo la principal la consagración del deber de negociar sólo en el nivel de empresa, lo que se ha traducido en la práctica en que no se negocie

⁹² Véase, a este respecto, las sentencias de la Corte Suprema de 29 de enero de 2002 y de 18 de julio del mismo año.

⁹³ La Quinta Encuesta Laboral, ENCLA 2006, fue publicada por la División de Estudios de la Dirección del Trabajo en octubre de 2007 (disponible en línea en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/article-95152.html>).

⁹⁴ ENCLA 2006. P. 25.

por sobre ésta. Otro factor determinante en la realidad nacional de la negociación colectiva radica en los efectos jurídicos que la ley reconoce a los productos de aquella, los contratos y los convenios colectivos. Especialmente relevantes en este escenario resultan la eficacia jurídica personal⁹⁵ y los efectos jurídicos de imperatividad y automaticidad⁹⁶ reconocidos por el ordenamiento chileno a los instrumentos colectivos, que siguen planteando complicaciones a la inclusión de los mismos en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo.

Con todo, la negociación colectiva logra en la actualidad una escasa cobertura en el sistema nacional de relaciones laborales; sólo un 8,7% de los trabajadores está cubierto por un instrumento colectivo⁹⁷, en lo que influye también la ausencia de una cultura de negociación, por años reprimida fáctica y normativamente.

Por último, se debe tener presente también la manera en que el legislador ha definido y delimitado el contenido de la negociación colectiva en el ordenamiento chileno, y la forma en que esta configuración legal ha sido entendida en la práctica.

El artículo 306 CT se refiere a esta cuestión preceptuando, en primer término, las materias sobre las que se puede negociar. Así, dicha norma dispone que “son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo”. Luego establece aquellas materias sobre las cuales no se puede negociar: “aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”. Como se puede apreciar, luego de establecer las materias que pueden ser objeto de negociación, la ley dispone, en una norma que otorga amplios márgenes a la interpretación, aquellos contenidos que le están vedados.

Se plantea de esta forma una configuración restrictiva del objeto de la negociación colectiva, por lo demás limitado a la dimensión de la empresa, en la línea del modelo que encuentra sus raíces en el Plan Laboral. La polifuncionalidad de la negociación colectiva fue uno de los temas centrales ignorados por dicho modelo normativo, mas también por sus posteriores modificaciones. En efecto, se ha regulado el objeto de la negociación colectiva desde una perspectiva limitada, que ha significado que en los hechos apenas supere el mero marco remuneracional⁹⁸.

⁹⁵ Cuya única posibilidad de ampliación queda entregada al empleador, por la vía de la extensión de beneficios contemplada en el artículo 346 CT.

⁹⁶ Reconocidos en los artículos 311 y 348 CT, respectivamente.

⁹⁷ ENCLA 2006. P. 96.

⁹⁸ Véase, en este sentido: GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*. LexisNexis, Chile. 2004. P. 237 y ss.; y TAPIA GUERRERO, Francisco. *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo*. LexisNexis, Chile. 2005. P. 37 y ss.

En definitiva, bajo el actual modelo normativo chileno la negociación colectiva no desempeña un papel relevante y apreciable en la regulación y control de la contratación laboral temporal, y ello obedece a diversos factores de variada índole. Por una parte están las razones de naturaleza normativa, entre las cuales cuentan la ausencia de remisiones legales expresas a la negociación colectiva para que regule estas materias, una concepción restrictiva del objeto negocial, la radicación de la negociación colectiva en la empresa, y las limitantes que plantean los efectos jurídicos reconocidos a los instrumentos colectivos. Por otra parte, hay diversos elementos fácticos que, ciertamente influidos por el modelo normativo imperante, coartan el espectro de la negociación; entre éstos cabe mencionar la escasa conciencia y confianza en el diálogo social como vía adecuada para enfrentar la regulación de temas laborales sensibles, que superen el puro aumento salarial.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

Con acierto se ha señalado que no se puede conocer la realidad del Derecho del Trabajo en un determinado ordenamiento jurídico sin un conocimiento de la negociación colectiva, dada su posición medular en los sistemas de relaciones laborales. Dicha afirmación bien vale para acercarse al escenario de la contratación laboral temporal en España, sobretudo luego de la entrada en vigor de las reformas legales que se han referido a esta materia⁹⁹. Y es que su regulación convencional es un claro reflejo del grado de consolidación o rechazo de determinadas estrategias, concepciones y prácticas en lo que se refiere a la utilización de estas figuras contractuales¹⁰⁰.

Ahora bien, el sistema español de relaciones laborales vive en una permanente contradicción en materia de contratación temporal: mientras que el diseño normativo ha intentado limitar o controlar su utilización favoreciendo la contratación de carácter indefinido, por ejemplo con el fortalecimiento del principio de causalidad en la contratación temporal o sendas remisiones a la negociación colectiva, la realidad demuestra que en muchos casos se sigue echando mano a las categorías contractuales cuyo arco temporal está predeterminado desde el momento de contratar¹⁰¹.

⁹⁹ Se ha afirmado que luego de las reformas laborales el Derecho del Trabajo es “más que nunca el Derecho del Trabajo de la negociación colectiva” (ESCUADERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 206).

¹⁰⁰ Véase a este respecto: ESTÉVEZ GONZÁLEZ. Op. cit. P. 18; y LÓPEZ MARTÍN, Francisco Javier. “Contratación laboral y negociación colectiva. Perspectivas”. Congreso del Derecho del Trabajo. Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Madrid. 28 de septiembre de 2006. Disponible en <http://graduadosocialmadrid.org> (al 9 de diciembre de 2007).

¹⁰¹ En este sentido: SEMPERE NAVARRO. Op. cit. P. 152.

Como se indicó, la contratación temporal es una materia en la que la ley ha ido abriendo progresivamente espacios a la acción de la negociación colectiva, permitiendo que ésta pueda “concretar las modalidades de contratos temporales para adaptarlas a las características del sector productivo y de las propias empresas y, al mismo tiempo, permitiendo que se puedan introducir por la autonomía colectiva límites a las posibilidades de contratación o mecanismos de control colectivo sobre ella”¹⁰², con la esperanza última de reducir las elevadas tasas de temporalidad laboral en España.

Sobre la concreción de estas cuestiones se ha pretendido presentar el estado del arte y plantear los principales desafíos. En este sentido, ha quedado demostrado que la negociación colectiva ha recepcionado de manera irregular las diversas encomiendas del legislador en materia de contratación laboral temporal. La diversidad, tanto de entrada como en el contenido mismo de sus cláusulas, está siendo el corolario de las complejas funciones que se ha venido esperando que desempeñe simultáneamente la negociación colectiva. Y es que en los vaivenes reguladores que pretenden armonizar la adaptabilidad y el control de la contratación temporal ya ni siquiera aparece tan clara la contraposición de intereses entre los sujetos negociadores. Se ha afirmado incluso que puede percibirse un “silencioso giro en la posición de los representantes de los trabajadores”¹⁰³ que, en ocasiones, se ha traducido en que los convenios colectivos han aprovechado en clave flexibilizadora los retos que la ley les brinda.

En muchos casos, los convenios nada dicen sobre la contratación temporal y cuando sí se refieren a ella, frecuentemente se trata de cláusulas fragmentarias sobre la identificación de supuestos en que caben estos tipos de contratación o sobre aspectos aislados de su régimen jurídico, estipulaciones lejanas de una regulación sistemática, de forma que “no se aprovechan las posibilidades de intervención que la regulación estatal ofrece a la negociación colectiva en esta materia”¹⁰⁴. En efecto, abundan las cláusulas genéricas, programáticas y declarativas, de escasa eficacia jurídica. Muchas se conforman con transcribir la legislación vigente sobre estas materias, en un esfuerzo de lo que se ha llamado “pedagogía social”.

Respecto de los mecanismos de control de la contratación temporal, el ordenamiento español había venido apostando por la inclusión del principio de causalidad y por fórmulas represivas del fraude en el uso desviado de estas figuras contractuales. Sin embargo, la doctrina puso

¹⁰² MONEREO PÉREZ, José Luis; y otro. *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*. Editorial Tirant Lo Blanch, España. 2005. P. 44.

¹⁰³ ESCUDERO RODRÍGUEZ. Op. cit. P. 225. En el mismo sentido: LÓPEZ GANDÍA. Op. cit. P. 15-16.

¹⁰⁴ MONEREO PÉREZ. Op. cit. P. 47.

acento en el peligro latente de desvirtuar el principio de causalidad en la contratación temporal mediante una interpretación flexible, carente de criterios objetivos, de los múltiples conceptos jurídicos indeterminados que han sido incorporados por las sucesivas reformas laborales. Así, se ha señalado que “el principio de causalidad en la contratación temporal no es suficiente para limitar la expansión de estas modalidades contractuales: la interpretación de las justas causas de contratación temporal es bastante flexible y existen altos niveles de fraude”¹⁰⁵. Se constató además que salvo en los sectores o empresas de consolidadas representación sindical, no se desarrollan las formas de control de la causalidad en la negociación colectiva¹⁰⁶.

Dado lo anterior, el legislador español cambió el rumbo y comenzó a potenciar el rol de contención que podía desempeñar la negociación colectiva respecto de la contratación temporal. En este orden de cosas, los convenios colectivos asumieron nuevos desafíos, sobretudo en materia de control de la contratación temporal abusiva. Dicho legislador, con la ayuda solicitada a la negociación colectiva, quiere poner coto a las altas tasas de temporalidad laboral no sólo castigando el fraude en la contratación temporal (uso sin causa), sino también previniendo su utilización abusiva (uso excesivo, no necesariamente contrario a la ley).

Sin embargo, la autonomía colectiva no ha seguido acá el mismo ritmo regulador y, además, muchas de las cláusulas que contienen mecanismos de control de la contratación temporal se han quedado en la mera declaración de buenas intenciones. No se evidencia una articulación de los mecanismos de control colectivo de las modalidades de contratación temporal y se plantean deficiencias en los mecanismos jurídicos que se han establecido para garantizar la eficacia de estas cláusulas una vez que ellas han sido pactadas por la vía colectiva.

Con todo, la valoración que se haga del papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación laboral temporal ciertamente dependerá de las expectativas que se tengan. Y las que se han tenido han sido muy elevadas, pretendiéndose de dicho papel desde la reducción de los índices de contratación temporal hasta la adaptabilidad de dichos contratos a las necesidades específicas de los distintos sectores y empresas, pasando por la recuperación de la causalidad en las referidas figuras contractuales. Las confianzas depositadas en su accionar han olvidado que “tanto en el terreno del empleo como en la esfera de la contratación estable, dada la magnitud y complejidad del problema, la negociación colectiva sólo puede ofrecer soluciones de carácter parcial y limitado”¹⁰⁷, siendo necesaria en realidad una corrección

¹⁰⁵ GORELLI HERNÁNDEZ. “La reforma laboral española...”. Op. cit. P. 129. En el mismo sentido, véase: AGUILERA IZQUIERDO. Op. cit. P. 107.

¹⁰⁶ LÓPEZ MARTÍN. Op. cit.

¹⁰⁷ MARTÍN AGUADO, Ángel. “Expansión de la precarización tras la contrarreforma laboral: la negociación colectiva como instrumento neutralizador y generador de empleo estable”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*.

global del modelo normativo que rige en estas materias. Pertinentemente se ha apuntado que no se puede asignar a la negociación colectiva la responsabilidad fundamental de reducir la temporalidad en el empleo, sino que ya es bastante esperar que ella consiga fomentar una gestión más racional y controlada de la contratación temporal¹⁰⁸. Para ello es imprescindible que abandone las malas prácticas vinculadas al diseño legal todavía flexible de los contratos temporales, y que utilice de forma masiva e decidida las posibilidades que le da la ley – ya sea expresamente, ya sea de manera implícita, al amparo de la libertad negocial – para controlar la temporalidad laboral excesiva o abusiva.

Ahora bien, el estudio del modelo español importa por cierto una contribución al actual debate sobre la negociación colectiva en Chile, principalmente en lo que dice relación con su alcance, contenido y funciones. En efecto, la referida experiencia comparada demuestra – con los matices comentados – que la negociación colectiva sigue siendo un instrumento privilegiado de diálogo social, que bien permite hacer frente a las vicisitudes de la economía moderna en los diferentes niveles en que se desarrollan las relaciones laborales, constatación que puede contribuir a pensar en un cambio en los enfoques tradicionales de estas materias en Chile.

Concretamente, los datos oficiales demuestran que las tasas de contratación laboral temporal han aumentado en los últimos años, por lo que se debe llamar la atención sobre la importancia de regular y controlar esta dimensión de entrada del principio de estabilidad en el empleo en nuestro ordenamiento jurídico. Ello importa, a la vez, una buena oportunidad para pensar en otorgar mayor protagonismo a los productos de la negociación colectiva dentro del abanico de fuentes del Derecho del Trabajo chileno, cuestión que de todas formas sólo puede entenderse inserta dentro de una reforma global a la regulación de la negociación colectiva, que al menos amplíe el contenido negocial y la saque de su reducto empresarial.

¹⁰⁸ Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid. N° 9, 1996. España. P. 109.
ROCHA SÁNCHEZ. Op. cit. P. 26.
