

# **La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas**

**Francisco José Valentín Ruiz**

**Mariana López Hurtado**

# Índice

Introducción .....	4
1 Los contratos temporales en las Administraciones Públicas .....	7
1.1 Regulación de los contratos temporales .....	8
1.2 Tipos de contratos temporales .....	11
1.2.1 Contrato de obra o servicio determinado .....	11
1.2.2 Contrato eventual por circunstancias de la producción .....	13
1.2.3 Contrato en prácticas .....	15
1.2.4 Contrato para la formación .....	16
1.2.5 Contrato de relevo .....	18
1.2.6 Contrato de interinidad .....	19
1.2.7 Becas .....	21
2 Tipos de irregularidades en la contratación temporal .....	23
2.1. El fraude de ley .....	27
2.1.1 Cobertura normativa del fraude de ley .....	30
2.1.2 Supuestos de fraude de Ley en la contratación temporal.....	34
2.2 Irregularidades formales .....	42
2.2.1 Principales irregularidades en los contratos temporales .....	42
2.3 Falta de alta y de cotización en la Seguridad Social .....	48
2.4 Irregularidades en la denuncia .....	51
2.5 Cesión ilegal de trabajadores .....	54
2.5.1 Marco normativo de la cesión ilegal .....	56
2.5.2 Evolución jurisprudencial .....	57
2.5.3 Supuestos que conllevan cesión ilegal de trabajadores .....	60

2.6 Encadenamiento de contratos .....	63
2.6.1 Introducción .....	63
2.6.2 Antecedentes .....	67
2.6.3 Los criterios del nuevo artículo 15.5 del ET.....	69
2.6.4 Cómputo del umbral temporal .....	69
3 Consecuencias de las irregularidades .....	71
3.1 La distinción entre trabajador fijo e indefinido .....	74
3.2 Las consecuencias de las diferentes irregularidades en la Administración .....	78
3.2.1 Consecuencias del fraude de ley .....	78
3.2.2 Consecuencias de las irregularidades formales .....	80
3.2.3 Consecuencias de la falta de alta en la Seguridad Social .....	81
3.2.4 Consecuencias de las irregularidades en la denuncia .....	81
3.2.5 Consecuencias de la cesión ilegal .....	82
3.2.6 Consecuencias del encadenamiento irregular de contratos.....	83
Conclusiones .....	85
Bibliografía .....	87

# **Introducción**

La larga historia de la contratación temporal se ha caracterizado por el abuso de este tipo de relaciones laborales por parte de empresarios y Administraciones para evitar una contratación indefinida. Las razones por las que el abuso o la utilización irregular de las modalidades contractuales deben ser objeto de atención por poderes públicos se vinculan a la estabilidad en el empleo y a la regla general de la indefinición contractual. Esta historia está plagada de reformas laborales que han intentado tapar los resquicios de la ley por los que se realizaba el abuso de la contratación temporal. Aún hoy esta batalla no ha concluido, pues tras la reforma de 2006<sup>1</sup>, aún son muchos los aspectos que deben mejorarse para que la contratación temporal sea usada con la única finalidad que debiera tener: la cobertura de puestos de trabajo con fecha cierta de finalización.

Este estudio parte del análisis de las diferentes modalidades de contratos temporales. Si se conoce con cierto detalle la regulación de los contratos, podremos situarnos en condiciones de percibir la vulneración de los principios reguladores de cada tipo de relación laboral temporal. Los contratos temporales que se estudian en el presente trabajo son los siguientes: contrato de obra o servicio determinado; contrato eventual por circunstancias de la producción; contrato de trabajo en prácticas; contrato para la formación; contrato de relevo; contrato de interinidad; y, por último, aunque de manera muy superficial puesto que este asunto sería motivo de otro trabajo, las becas, que en muchas ocasiones persiguen la cobertura de puestos de trabajo de carácter indefinido.

En este contexto se sitúa el presente trabajo cuya finalidad es el estudio de las irregularidades que se producen en la contratación laboral temporal por parte de la Administración. Como veremos, la tipología de las irregularidades no es simple, de ahí la importancia de una adecuada distinción de cada una de ellas puesto que las

---

<sup>1</sup> Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Boletín Oficial del Estado número 312 de 30 de diciembre de 2006.

consecuencias difieren de unas a otras. Es importante destacar este punto porque en diversas ocasiones es difícil hallar el límite entre unas irregularidades y otras.

Las principales irregularidades tratadas en este trabajo son las expresamente contempladas en el Estatuto de los Trabajadores<sup>2</sup>: fraude de ley; irregularidades formales; falta de alta de alta en la Seguridad Social; irregularidades en la denuncia; cesión ilegal de trabajadores; y encadenamiento irregular de contratos.

Entre las irregularidades en la contratación temporal, destaca el fraude de ley, que puede manifestarse de formas muy diversas. La diferencia principal que existe entre el fraude de ley y el resto de las irregularidades es que el primero se ampara en el uso simulado de la ley, utilizando la contratación temporal cuando el fin es la cobertura de una vacante de carácter indefinido; mientras que el resto de irregularidades tienen lugar en los supuestos y en las condiciones previstas en la ley.

Finalmente se analizan las consecuencias que conllevan los comportamientos irregulares en esta materia. Y es aquí donde cabe hacer la principal distinción entre el ámbito privado y las Administraciones Públicas, pues, de un lado y de otro, entran en juego normas de carácter laboral y de carácter administrativo en el acceso a los puestos de trabajo. Como veremos en el apartado correspondiente, esta diferenciación legal necesariamente ha de suponer consecuencias distintas para las Administraciones y para los empresarios privados.

---

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado número 75 de 29 de marzo de 1995.

# **1 Los contratos temporales en las Administraciones Públicas**

## 1.1 Regulación de los contratos temporales

Es habitual que los puestos de trabajo en la Administración sean cubiertos por funcionarios. Ahora bien, esto no es impedimento para que bajo determinadas circunstancias no se pueda emplear la contratación laboral, aunque con vinculación a tareas de carácter no permanente o para realizar tareas de carácter periódico o incluso discontinuo. Cuando la Administración recurre a la contratación laboral está sometida a la misma normativa que el resto de empresarios, es decir, al Estatuto de los Trabajadores<sup>3</sup>, aunque con ciertos privilegios unas veces y limitaciones superiores a las del ámbito privado otras.

Como veremos en este apartado, es habitual que la Administración recurra a la contratación temporal para hacer frente a la cobertura de vacantes o incluso para realizar labores de mantenimiento de edificios o equipos que no requieren de una dedicación constante y en los que la temporalidad está justificada.

Por todos es conocido el uso que hacen las diferentes Administraciones del contrato laboral temporal para cubrir plazas con carácter provisional interina o de corta duración. Hasta tal punto es así, que un informe elaborado por el Consejo Económico y Social de diciembre de 2004 señalaba un incremento del doble de la tasa de temporalidad en la Administración Pública desde 1987 y que el 56% del empleo creado desde 1997 era temporal<sup>4</sup>. Sin embargo, este incremento no siempre se ha llevado a cabo respetando la legalidad, y en muchas ocasiones se ha recurrido a la contratación temporal para hacer frente a necesidades permanentes.

A pesar de esto, como ya hemos visto, es claro el sometimiento de la Administración a la legislación laboral en lo que a contratación temporal se refiere puesto que actúa como un empresario más. Teniendo en cuenta esta ineludible relación con la legislación laboral, no se debe obviar, en ningún caso, la salvaguarda de estabilidad en el empleo plasmada en la preferencia por el contrato por tiempo

---

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado número 75 de 29 de marzo de 1995.

<sup>4</sup> Lluç Corell, Francisco Javier, "Contratación laboral temporal por la Administración Pública", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, número 14, 2005.



indefinido que es el que asegura tanto los derechos laborales como los sociales y económicos.

Centrándonos en la contratación temporal, debemos resaltar los principios comunes relativos a este tipo de contratos y, entre ellos, la excepcionalidad de estas relaciones contractuales, pues siempre ha de existir una causa objetiva y razonada que justifique la temporalidad del contrato tal y como indica el Estatuto de los Trabajadores (ET) en su artículo 15.1.2º. El principio de tipicidad derivado de la reserva del artículo 35.2 CE, está recogido en el 15.9 ET, que delimita claramente los supuestos de la contratación temporal y habilita a los reglamentos para complementar la regulación legal. El principio de causalidad según el que es necesario que concurra una causa objetiva específicamente prevista para cada una de las modalidades contractuales que justifique la temporalidad de la misma, por lo que no basta únicamente con la voluntad de las partes. El último de estos principios hace referencia al establecimiento de unas normas de derecho necesario que regulen los contratos temporales y la prohibición de que normas de rango inferior como los convenios puedan alterar o crear nuevas modalidades contractuales.

Entre los supuestos que justifican la contratación temporal se encuentran: la contratación para la realización de una obra o servicio determinado, la contratación derivada de las circunstancias de la producción, y la contratación de trabajadores interinos para sustituir a otros con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Por lo que respecta a la determinación de la finalización del contrato, podemos establecer tres modalidades diferentes. Por una parte la determinación directa de la duración del contrato que implica una cláusula que establece una fecha definida para la terminación del contrato. Por otra parte la determinación indirecta de la duración del contrato remite a un acontecimiento cierto pero de fecha incierta, tal como la finalización de una obra o servicio. Finalmente existe otra posibilidad de finalización recogida en el artículo 49 ET para aquellos casos en los que la escisión del contrato no venga determinada ni por una fecha cierta ni por un acontecimiento resolutorio. Este sería el caso de un trabajador contratado por una empresa de trabajo temporal (ETT) o una de similares características, subcontratada a su vez por la Administración para la realización de un determinado servicio. Aquí, la finalización del contrato de los trabajadores temporales depende de la voluntad de la Administración de mantener su vínculo contractual con dicha empresa.

Asimismo, para que toda escisión de contrato sea considerada como válida es necesario que concurra una de estas dos circunstancias: La no superación del periodo de prueba o cuando la obra o servicio por los que el trabajador fue contratado haya llegado a su fin.

Antes de pasar al análisis de los diferentes tipos de contratos temporales debemos hacer un inciso acerca de las normas comunes por las que se rigen. Todo contrato debe especificarse de forma escrita, aunque existe una excepción a los contratos eventuales que no superen las cuatro semanas (artículo 6.1 del Real Decreto 2720/1998<sup>5</sup>), de cualquier modo, todos los trabajadores tienen el derecho a solicitar la formalización del contrato por escrito.

Todos los contratos deben recoger una serie de menciones obligatorias entre las que podemos encontrar: la modalidad contractual, la duración o identificación de las circunstancias que identifican su duración, el trabajo a desarrollar, la causa de la temporalidad, la identidad de las partes, el puesto y la categoría profesional, la jornada de trabajo, la distribución horaria y, por supuesto, el salario.

---

<sup>5</sup> Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de contratos de duración determinada. Boletín Oficial del Estado número 7, de 8 de enero de 1999.

## 1.2 Tipos de contratos temporales

### **1.2.1 Contrato de obra o servicio determinado**

Las características generales de este contrato se regulan en el artículo 15.1.a) del ET, desarrollado por el Real Decreto 2720/1998. Ambas normas imponen una serie de requisitos para la celebración de este tipo de contratos temporales:

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

La jurisprudencia se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Son repetidas las sentencias que así lo afirman<sup>6</sup>, entre ellas, por ejemplo, la del TSJ de Asturias de 17 de octubre de 2004 que menciona todos estos requisitos.

Este tipo de contratación en la Administración Pública se relaciona siempre con “un programa público de actuación específica”<sup>7</sup>, que no tiene una asignación presupuestaria estable. Además, esta relación contractual no puede ser utilizada para cubrir necesidades de carácter permanente, aplicándose únicamente para la prestación de servicios concretos no cubiertos por el personal funcionario. A tal respecto podemos

---

<sup>6</sup> STS de 21 de septiembre de 1993, STS de 26 de marzo de 1996, STS de 20 de febrero de 1997, STS de 21 de febrero de 1997, STS de 14 de marzo de 1997, STS de 17 de marzo de 1998, STS de 30 de marzo de 1999, STS de 16 de abril de 1999, STS de 29 de septiembre de 1999, STS de 15 de febrero de 2000, STS de 31 de marzo de 2000, STS de 15 de noviembre de 2000, STS de 18 de septiembre de 2001.

<sup>7</sup> Sempere Navarro, Antonio V.; Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda, *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, número 17, 2003.

citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre el Plan concertado de Prestaciones Básicas para los centros Municipales de Servicios Sociales, entre los Ayuntamientos y el Ministerio de Asuntos Sociales.

Las Administraciones Públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de la legalidad establecida en el ET, puesto que deben someterse a la legislación laboral cuando actúan como empresarios<sup>8</sup>.

Entre las actividades que más habitualmente se prestan por contrato de obra o servicio tenemos los servicios de limpieza de edificios y locales, servicio de construcción y obras públicas, actividades docentes, telemarketing y mensajería. Sin embargo, algunas de estas actividades como las labores de limpieza permanentes en el interior de los edificios, no tienen una duración limitada en el tiempo y su contratación continuada mediante relaciones temporales puede conllevar fraude de ley. En el caso de que esta actividad decidiera subcontratarse mediante una empresa externa, podría acarrear problemas de cesión ilegal de trabajadores. Estos aspectos serán desarrollados con mayor detalle en el capítulo siguiente.

A pesar de que en un contrato de estas características se establezca un plazo de duración o una fecha de término, estos datos son meramente indicativos puesto que el contrato está condicionado a la terminación de la obra o la prestación del servicio. Por lo tanto se trata de una ejecución limitada en el tiempo pero de duración incierta. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha señalado expresamente<sup>9</sup> que “el válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio”.

---

<sup>8</sup> Artículo 1.2. del ET: “A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

<sup>9</sup> STSJ de Andalucía de 14 de febrero de 2007, con cita a las STS de 10 de diciembre de 1996, STS de 30 de diciembre de 1996, STS de 3 de febrero de 1999 y STS de 21 de septiembre de 1999 dictadas estas últimas en controversias que afectaban a trabajadores contratados por un Ente Público.

Por lo que respecta a las formalidades contractuales, debemos insistir en la necesidad de la identificación de la causa o carácter temporal de la obra o servicio, que se debe especificar y detallar claramente el contenido de dicha obra o servicio, y todos los contratos deben ser redactados. Por lo que respecta a la formalidad material, es necesario que el trabajador realice las actividades o tareas para las que ha sido contratado y no otras.

Los contratos se extinguen cuando finaliza la obra o servicio y preferiblemente de forma escrita para evitar controversias. No hay problema a la hora de determinar la finalización de una obra, la dificultad proviene de la conclusión de un servicio, sobre todo cuando el contrato se vincula al arrendamiento de servicios que el empleador presta a un tercero. En este último caso la contratación de trabajadores está condicionada a la renovación de la subcontrata para la prestación de servicios o a la relación entre la empresa en la que los trabajadores prestan sus servicios y la empresa de trabajo temporal. De cualquier modo, ninguna de estas prestaciones de servicios podrá tener el carácter indefinido cuando se recurre a trabajadores temporales, puesto que se incurriría en uno de los supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

### **1.2.2 Contrato eventual por circunstancias de la producción**

Al igual que en el contrato por obra o servicio la normativa aplicable se encuentra recogida en el artículo 15.1 del ET y en el Real Decreto 2720/1998.

Este tipo de contrato se efectúa para realizar un trabajo que siendo propio de la labor habitual de la empresa, no es posible ser cubierto por la plantilla fija, por diversas circunstancias, como la acumulación de pedidos, u otros motivos relacionados con el mercado. El contrato responde a una urgencia o necesidad por parte de la empresa de hacer frente a una acumulación de trabajo puntual. No se puede recurrir a él cuando estas necesidades se repitan con cierta regularidad, de modo que sea posible realizar una previsión de las mismas, pues el contrato eventual carecería de sentido. En el caso de que el ciclo fuese regular sería necesaria la contratación mediante un contrato fijo discontinuo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de noviembre de 2008 y STSJ de Navarra de 26 de diciembre de 2007 basadas en la doctrina sentada por la STS de 5 de julio de 1999.

La jurisprudencia<sup>11</sup> se refiere a la necesidad de que concurren una acumulación de tareas junto con una eventualidad de las mismas definidas como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual ni razonablemente aconseja, por su excepcionalidad, un aumento de personal fijo.

Esto ocurre del mismo modo en la Administración, no se puede recurrir a cubrir vacantes con este tipo de contrato, puesto que esta situación se regularía mediante un contrato de interinidad<sup>12</sup>. Para que pueda recurrirse a este tipo de contrato es condición sine qua non que esta acumulación de tareas no se haya producido por la existencia de una vacante. En la Administración la insuficiencia de la plantilla debe ser también eventual y no previsible.

La justificación de la temporalidad, al igual que ocurría en el contrato por obra o servicio, sigue siendo un requisito indispensable. Siempre y cuando el contrato exceda de las cuatro semanas este deberá firmarse por escrito. Por lo que respecta a la duración, es obligatorio que exista una fecha precisa de finalización del contrato. Sin embargo la finalización de la temporalidad no justifica el cese del contrato, ya que el plazo completo estipulado en el contrato es de obligado cumplimiento. A este respecto, los convenios colectivos sectoriales estatales, o en su defecto, de ámbito inferior, tienen la posibilidad de modificar la duración máxima y el periodo de referencia que señala la ley<sup>13</sup>.

En el caso de que en una determinada empresa se detecte la necesidad de contratar un trabajador para hacer frente a las necesidades de producción, se establece un plazo de doce meses desde que se detectan estas necesidades hasta que se lleva a cabo dicha contratación, que en ningún caso podrá superar los seis meses de duración. No obstante, los convenios colectivos sectoriales pueden determinar plazos más largos para hacer uso de este tipo de contratación. Asimismo se pueden establecer prórrogas en este tipo de contrato siempre y cuando no se hayan superado los seis meses.

---

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2002 y Sentencia de 6 de mayo de 2003.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1995.

<sup>13</sup> Sempere Navarro, Antonio V. "Contrato para obra o servicio determinado: Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas". En Sempere Navarro, Antonio V. Cuestiones actuales de Derecho del trabajo, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

La principal diferencia con respecto al contrato por obra o servicio es precisamente que la finalización del contrato por obra o servicio se produce cuando la obra o servicio concluye, mientras que el contrato eventual se celebra para la realización de una labor habitual de la empresa.

### **1.2.3 Contrato en prácticas**

Estos contratos se hallan regulados en el artículo 11.1 del ET y en el Real Decreto 488/1998<sup>14</sup>, de 27 de marzo, que desarrolla el artículo 11 del ET aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, en materia de contratos formativos.

Se trata de un contrato cuya finalidad es la de proporcionar una formación práctica a recién titulados cuya enseñanza se ha basado en conocimientos teóricos. Este tipo de contrato se encuentra a medio camino entre los contratos laborales y los contratos docentes<sup>15</sup>. El período que se entiende válido para efectuar este contrato es de hasta cuatro años desde la obtención de la titulación por parte del contratado.

Los requisitos necesarios para la firma de este contrato son poseer la titulación relacionada con el puesto de trabajo y haberla obtenido en el plazo fijado en el párrafo anterior, así como no haber estado contratado en prácticas por tiempo superior a dos años en esa empresa o en otra diferente por la misma titulación.

El contenido del contrato debe incluir la titulación exigida, la duración del contrato y el puesto o puestos de trabajo a desarrollar durante la duración del trabajo. La duración de este contrato no puede ser inferior a seis meses. Por lo que respecta al período de prueba, este se fijará hasta un mes para las titulaciones medias y hasta dos meses para las titulaciones superiores. La retribución de los trabajadores en prácticas debe ser fijada en el convenio colectivo para este grupo y en ningún caso puede ser inferior al sesenta por ciento el primer año de contrato y al setenta y cinco el segundo

---

<sup>14</sup> Real Decreto 488/1998<sup>14</sup>, de 27 de marzo, que desarrolla el artículo 11 del ET aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, en materia de contratos formativos, Boletín Oficial del Estado número 85, de 9 de abril de 1998.

<sup>15</sup> La jurisprudencia indica que el contrato de trabajo en prácticas tiene una doble finalidad: la realización de un trabajo retribuido y la proporción de una práctica adecuada al nivel de estudios del trabajador titulado. A este respecto, véanse la STSJ de Navarra de 11 de febrero de 2002 sobre la doctrina sentada en sentencias como la STS de 29 de octubre de 1996 y la STS de 29 de diciembre de 2000.

año de lo que establece el convenio colectivo para un trabajador que desempeñe labores similares. La jornada de trabajo en prácticas puede ser o a tiempo completo o a tiempo parcial.

Es necesario, según establece el artículo 21 del Real Decreto 488/1998, la denuncia previa quince días antes de la terminación de la relación establecida en el contrato. La falta de este requisito, que, como veremos, con las matizaciones normativas pertinentes es también aplicable al resto de contratos, convierte la relación contractual en indefinida con posibilidad de que el empresario demuestre la temporalidad de la relación (artículo 49.1 c) ET).

#### **1.2.4 Contrato para la formación**

Para este tipo de contrato es de aplicación el 11.2 del ET y el Real Decreto 488/1998, así como la Orden de 14 de julio de 1998<sup>16</sup>, por la que se regulan aspectos formativos del contrato para la formación y la Resolución de 26 de octubre de 1998<sup>17</sup>, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, por la que se aprueba el modelo de contrato para la formación y se dictan instrucciones para el desarrollo y aplicación de la Orden de 14 de julio de 1998, por la que se regulan aspectos formativos del contrato para la formación.

Este contrato presenta unas características muy similares al contrato anterior y sus principales diferencias estriban en que, no se requiere ninguna titulación previa, es más, tener la titulación o los conocimientos acreditados teóricos para el desempeño de la tarea encomendada, es motivo de exclusión de este tipo de contrato. Para aquellos trabajadores que ya hayan alcanzado la titulación requerida se debe acudir al contrato en prácticas. Por esta misma razón aquellos puestos de trabajo que no requieran una cualificación no pueden beneficiarse de este tipo de contrato. Debe precisarse que el cumplimiento de la exigencia de que el contratado no tenga la titulación necesaria para el desarrollo del puesto, se data al momento de celebrar el contrato, con lo que no es

---

<sup>16</sup> Orden de 14 de julio de 1998, por la que se regulan aspectos formativos del contrato para la formación. Boletín Oficial del Estado de 28 de julio de 1998.

<sup>17</sup> Resolución de 26 de octubre de 1998, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, por la que se aprueba el modelo de contrato para la formación y se dictan instrucciones para el desarrollo y aplicación de la Orden de 14 de julio de 1998, por la que se regulan aspectos formativos del contrato para la formación, Boletín Oficial del Estado, número 293, de 8 de diciembre de 1998.



fraudulento continuar con esta relación contractual hasta su terminación si el trabajador adquiere, en el curso de su relación contractual, la capacitación profesional necesaria para vincularse con la modalidad contractual de trabajo en prácticas<sup>18</sup>.

Se establece una limitación a la edad del trabajador, el cual debe ser mayor de 16 años y menor de 21, salvo si el contrato se realiza con desempleados en el ámbito de escuelas taller o de oficios<sup>19</sup>, en los que el límite puede ser de 24 años.

La duración del contrato no puede alargarse más allá de tres años, cuatro en caso de que exista algún tipo de minusvalía. El contrato exige que la jornada sea a tiempo completo, nunca a tiempo parcial. Es necesario que exista una actividad formativa tanto teórica como práctica, en el primer caso en el contrato deberá consignarse el número de horas de este módulo formativo teórico junto con las características del trabajo a realizar. La formación práctica debe complementar a la teórica y una vez que finalice el contrato, se extenderá una certificación de las características de la formación recibida. Es necesario recalcar que si el empresario no cumple la exigencia de facilitar las enseñanzas teóricas, el nexo contractual se desnaturaliza, perdiendo su condición de contrato para la formación, como así lo indica la STS de 30 de junio de 1998 y la más moderna STS de 31 de mayo de 2007 que declara en fraude de ley la relación contractual por la ausencia de la formación teórica<sup>20</sup>

El salario no puede ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional y se establece en función del tiempo efectivo dedicado al trabajo en el que no se tiene en cuenta el dedicado a la formación.

---

<sup>18</sup> Martín Jiménez, Rodrigo, “Contratación para el fomento del empleo”, En: Sempere Navarro, Antonio V. (dir.); Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), *Los contratos de trabajo temporales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

<sup>19</sup> A este respecto véase el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo; y el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

<sup>20</sup> El fraude de ley será explicado con mayor detalle en el capítulo siguiente.

### **1.2.5 Contrato de relevo**

La normativa aplicable a este tipo de contratos la podemos encontrar en los apartados 6 y 7 del artículo 12 del ET y en el Real Decreto 1131/2002<sup>21</sup>, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

El artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social<sup>22</sup> ofrece la opción a los trabajadores en disposición de obtener la pensión contributiva y cuya edad sea inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general para la jubilación<sup>23</sup>, de solicitar la jubilación parcial. Relacionada con esta situación el artículo 12.6 del ET regula el contrato de relevo que pretende realizar, al menos, la sustitución del trabajador que se jubila parcialmente.

Este contrato está aparejado con la celebración de un contrato a tiempo parcial con el trabajador próximo a jubilarse o que ya haya alcanzado la edad de jubilación, junto con la realización del contrato de relevo con un trabajador más joven por lo que se podría incluir este tipo de contratos dentro de las políticas de empleo de formación de trabajadores. La forma escrita del contrato es un requisito imprescindible para su validez, lo que sin duda tiene importancia para el trabajador jubilado parcial que deberá presentar a la entidad gestora, cuando proceda, copia del contrato de relevo a los oportunos efectos de la obtención de la pensión<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. Regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Boletín Oficial del Estado número 284 de 27 de noviembre de 2002.

<sup>22</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, número 154, de 29 de junio de 1994.

<sup>23</sup> Artículo 166.2. del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Asimismo, los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>24</sup> “Otras vinculaciones temporales”, en VV.AA, Sempere Navarro, Antonio V. (dir.); Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), op. cit., p. 14.

La realización de este contrato requiere de un acuerdo de las partes contratantes sin poder obligar en ningún caso al empresario a la realización o firma del mismo. El contrato debe realizarse siempre por escrito y ha de consignarse tanto la jornada y salario que tenía antes y la reducción que se aplica ahora y que estará entre un 25% y 85% de los iniciales. Pero como se ha dicho para la firma de este contrato es necesaria la realización simultánea de un contrato de relevo.

La duración del contrato de relevo debe ser indefinida o al menos, igual al tiempo que le falte al otro trabajador para alcanzar la edad de jubilación. En caso de haberla alcanzado, el contrato de relevo se realiza por períodos anuales pudiendo prorrogarse hasta que la plaza quede vacante. Puede realizarse a tiempo parcial o a jornada completa no pudiendo ser en el primer caso la jornada inferior a la reducción del contrato parcial.

En cuanto a las tareas que el relevista debe realizar el legislador permite que no sean las mismas aunque de cualquier modo lo serán dentro de la categoría profesional del trabajador jubilado parcial o en una categoría equivalente.

### **1.2.6 Contrato de interinidad**

La normativa aplicable es en este caso la del artículo 15.1.c) del ET y los artículos 4 y siguientes del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de contratos de duración determinada.

Esta modalidad de contrato temporal podrá llevarse a cabo “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución”<sup>25</sup>. La falta de estos requisitos (identificación de la plaza vacante) conllevará la declaración de la contratación de interinidad en fraude de ley como veremos en el próximo capítulo.

Son diversos los supuestos en los que se acepta el contrato de interinidad:

- Para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva del puesto de trabajo. Esta es la denominada interinidad por sustitución, a los tres casos siguientes se les denomina interinidad por vacante.

---

<sup>25</sup> Artículo 15.1 c) ET.

- Para cubrir un puesto de trabajo mientras se realiza el proceso de selección del mismo.
- Para la sustitución de un trabajador autónomo o socio de una cooperativa en los supuestos de riesgo durante el embarazo, baja por maternidad o casos similares.
- Y por último, para sustituir a los trabajadores que se jubilen anticipadamente, antes de los 65 años.

Las causas de la contratación mediante un contrato de interinidad por sustitución pueden ser entre otras, el mutuo acuerdo de las partes; incapacidad temporal; maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento de menores; excedencia por cuidados de hijos; ejercicio de cargo representativo, funciones sindicales, privación de libertad o suspensión de empleo; excedencia forzosa y excedencia voluntaria; descansos, permisos, vacaciones; reducción de la jornada de trabajo; jubilación anticipada; y contratación de relevo.

Al igual que era necesario consignar en el contrato la causa de la temporalidad en otros contratos vistos hasta ahora, en este es necesario identificar la causa de la sustitución, así como el puesto a cubrir que podrá ser el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar las funciones del sustituido.

Uno de los principales problemas que aparecen a la hora de aplicar los contratos de interinidad, es su confusión con los contratos eventuales. A veces para cubrir ciertas ausencias temporales (como las vacaciones) se recurre a los contratos eventuales. Esta irregularidad no puede definirse como una práctica fraudulenta sino como una mera irregularidad formal, puesto que simplemente es achacable a un uso indebido de una modalidad temporal errónea y no a una intención de cubrir una actividad permanente.

La duración del contrato comprende el tiempo en el que el trabajador sustituido está ausente o durante el que tiene derecho a la reserva de plaza por lo que la finalización de este plazo no implica la transformación del contrato en indefinido.

En general, la contratación laboral en la Administración se reduce a tareas de carácter no permanente, sin embargo hay casos especiales en los que existen contratos laborales de carácter indefinido aunque eso sí, sin cubrir puestos de plantilla. Algunas de las características particulares para la contratación por interinidad en las Administraciones Públicas son que las irregularidades en la contratación no transforman

la relación en fija; las irregularidades en los contratos temporales en el ámbito de la Administración derivan en una interinidad indefinida hasta la cobertura del puesto. Sin embargo, la Administración tiene que cumplir con ciertos requisitos como el de principio de igualdad, mérito, capacidad y publicidad no existentes en el ámbito privado. Por lo que el trabajador adquiera la condición de fijeza, ha de superar un proceso selectivo en el que concurran los criterios anteriormente mencionados. Este aspecto será tratado con mayor detenimiento en el apartado de las consecuencias de la contratación irregular.

El contrato de interinidad por vacante se celebra para cubrir un puesto mientras se realiza el proceso de selección. Es de especial importancia en la Administración, pues surge ante la necesidad de cubrir las vacantes mientras se desarrollan los largos procesos que tienen como fin cubrir las plazas. En este caso la vacante que ocupa el interino debe estar perfectamente identificada por escrito en el contrato. Es necesario recalcar que este tipo de contratación debe realizarse siempre por la existencia de una plaza vacante.

El período de duración del contrato de interinidad por vacante en las empresas privadas no puede exceder de los tres meses que es el plazo habitual por el que se realiza la cobertura de plazas. Sin embargo, no existe tal plazo en la Administración, pues la cobertura de plazas depende de los procesos específicos de selección que tienen duraciones muy distintas de unos a otros. A pesar de lo cual, el tiempo de duración del contrato de interinidad no podrá superar el año, esto es así porque se supone que la Administración no solo debe velar por emplear a trabajadores sino que debe tener en cuenta su función pública por la que no debe dejar de prestar ningún servicio, de ahí que se suponga que cuando una plaza queda vacante la Administración rápidamente lo subsanará por lo que la duración del contrato de interinidad no sobrepasará el año.

### **1.2.7 Becas**<sup>26</sup>

No queríamos perder la oportunidad incluir este apartado ya que se trata de un método utilizado muy habitualmente para la realización de un trabajo tanto en la empresa privada como en el ámbito de la Administración Pública. Sin embargo, no

---

<sup>26</sup> Para las diferencias entre el régimen laboral y las becas puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998 (rec. 2573/1997).

profundizaremos en este aspecto puesto que no se trata de contratación laboral propiamente dicha. Según Sempere Navarro<sup>27</sup>, las becas se configuran como una donación moral al amparo del artículo 619 del Código Civil<sup>28</sup>. El becario recibe una remuneración a cambio de la realización de un servicio o de algún tipo de trabajo que habrá de redundar siempre en su formación. La realización de una beca no puede conllevar a la incorporación del trabajo del becario en la actividad productiva de la empresa, pues de lo contrario no estaríamos hablando ya de beca sino de contrato laboral.

Existe un tipo de beca denominado “para la formación” cuya finalidad es la de la formación del estudiante que acaba de obtener su titulación teórica pero necesita desarrollar sus conocimientos prácticos relacionados con la misma. El problema de este tipo de beca es que se está utilizando como si de un contrato laboral temporal en prácticas se tratase por los beneficios que supone sobre todo para el contratante.

Por último, la beca para la realización de un proyecto específico de investigación suele emplearse para la participación de estudiantes en grupos de investigación. Últimamente se está recurriendo a este tipo de beca para la realización de proyectos de doctorado que culmina con la lectura de una tesis doctoral. En el caso de que al doctorando se le conceda la beca, esta se compondrá de dos partes, la primera de ellas será de dos años de beca para la realización del trabajo doctoral y la segunda será de dos años más de contrato laboral de investigación o docencia. Hay diversos autores<sup>29</sup> que opinan que el primer período debería ser también un contrato laboral pues el becario realiza en este primer período una actividad investigadora comparable a la realizada en el segundo.

---

<sup>27</sup> Sempere Navarro, Antonio V.; Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda, *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, cit. p. 8.

<sup>28</sup> Artículo 619. Código Civil: Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquellas en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

<sup>29</sup> Moreno Gené, Josep, “El contrato para la realización de un proyecto específico de investigación”, en *Aranzadi Social*, nº 21, 2004.

## **2 Tipos de irregularidades en la contratación temporal**

La evolución normativa ha permitido que para flexibilizar el mercado laboral se empleen diversas fórmulas de contratación temporal. Esto conlleva que surjan ciertas irregularidades que aparecen ante la preferencia del empresario por la contratación temporal frente a la seguridad del trabajador con la contratación indefinida<sup>30</sup>, puesto que esta le acarrea mayores beneficios económicos. El intento por parte del empresario de que los trabajadores realicen labores consideradas como indefinidas y que en realidad forman parte de la actividad principal de la empresa mediante el uso de contratos temporales lleva a la aparición de estas irregularidades.

La irregularidad sería todo aquello que supone apartarse de las reglas disciplinadoras de la contratación temporal contenidas en el ET y en los reglamentos de desarrollo<sup>31</sup>.

Como ya hemos apuntado la preferencia por el contrato indefinido en el ET es clara sin embargo, ello no implica que no exista la posibilidad de utilizar los contratos temporales, aunque eso sí, no en igualdad de condiciones que los indefinidos, sino dentro de unos supuestos determinados y que en ningún caso pueden estar fuera de lo que establece el artículo 15.1 del ET.

Estas irregularidades traen como consecuencia una transformación en el contrato temporal que dependerá siempre del grado de incumplimiento del mismo, de esta manera existen diversos criterios jurisprudenciales<sup>32</sup> que permiten, al empresario presentar algún tipo de prueba para verificar que efectivamente el contrato cumple con todos los requisitos estipulados por ley o por el contrario los hechos se presumen como ciertos sin posibilidad de dicha prueba.

---

<sup>30</sup> Sancristóbal Villanueva, Juan Manuel, “Contratos temporales”. en *Enciclopedia Jurídica La Ley*. Las Rozas (Madrid), 2008.

<sup>31</sup> Nicolás Bernard, José Alberto, *El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, Cuadernos de Aranzadi Social, número 32, 2008, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

<sup>32</sup> Sempere Navarro, Antonio V. ; Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda... op. cit. p. 8.



Llegados a este punto, se hace necesario hacer una distinción entre dos tipos de figuras que permitirían o no, respectivamente realizar prueba en contrario respecto de la presunción de la irregularidad laboral cometida. Por un lado tenemos la presunción *iuris et de iure*, que permite considerar probado un hecho relevante para la resolución de un litigio carente de prueba directa, denominado hecho presumido, a través de otro plenamente acreditado. El primero se presenta como consecuencia directa de aquel. La presunción *iuris et de iure* se caracteriza por no permitir al demandado desvirtuar el hecho presumido efectuando prueba en contrario<sup>33</sup>.

Las únicas presunciones que pueden ser *iuris et de iure* son aquellas que así han sido reguladas por ley, puesto que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que las presunciones siempre admiten prueba en contrario, tal y como establece el artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>34</sup>. Y este es el caso del ET cuando alude a dos supuestos en los que directamente, sin permitírsele al empresario presentar ningún argumento probatorio, el contrato se convierte automáticamente en un contrato indefinido. Estos supuestos son:

- Cuando el contrato se haya celebrado en fraude de ley.
- Cuando se produzcan dos o más contratos sucesivos temporales en los que de 30 meses el trabajador trabaje al menos 24 seguidos. Asunto que será tratado en lo que hemos denominado encadenamiento irregular.

Junto con la presunción *iuris et de iure*, debemos hablar del caso opuesto, esto es, que la presunción se establezca *iuris tantum*. La característica que distingue a la presunción *iuris tantum* es que en este caso sí permite al interesado desvirtuar el hecho presumido mediante prueba en su contra, pudiendo probar tanto la inexistencia del hecho presumido como la falta de nexo de unión entre éste y el hecho que se considera probado y sobre el que se sustentaría la presunción. Así, los supuestos concretos en los que se permite al empresario practicar prueba en contrario son los siguientes:

---

<sup>33</sup> Zamarra Álvarez, Carmen María, “Presunción *iuris et de iure*”, en *Enciclopedia Jurídica La Ley*, 2008.

<sup>34</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículo 385.3: “Las presunciones establecidas por la Ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en los que aquella expresamente lo prohíba”. Debemos entender que en aquellos casos en los que la Ley expresamente indique que la presunción es *iuris et de iure*, no se admitirá prueba en contrario.

- Cuando el contrato no se haya firmado por escrito, sino que se haya celebrado únicamente de manera verbal.
- Cuando el empresario no haya dado de alta al trabajador en la Seguridad Social.
- Cuando se produzca un breve retraso en la fecha límite para proceder a la denuncia del contrato.

Si analizamos las causas de las irregularidades llegamos a la conclusión unívoca de que se hallan en la trasgresión<sup>35</sup> de la ley, es necesario el quebrantamiento de la normativa laboral para llegar a producir las irregularidades. Sin embargo, las irregularidades son un término amplio que debe completarse con otros como el fraude o el abuso, que vamos a tratar de definir a continuación.

El fraude de ley se produce cuando se pretende utilizar la ley de modo que se obtengan resultados no contemplados en ella y contrarios al ordenamiento jurídico, como por ejemplo el recurso de contratos temporales para suplir una vacante indefinida.

Por otro lado encontramos el abuso, que implica que un trabajador sea contratado más de una vez utilizando uno o diversos tipos de contratos temporales yendo más allá de lo que la ley permite cometiendo, por tanto, una irregularidad. Por último cabe destacar que hay trasgresiones que no conllevan ni el fraude ni el abuso, tales como el incumplimiento formal de alguno de los preceptos de la norma como la falta de la forma escrita en el contrato temporal.

Una vez definidas de manera general las principales irregularidades, su causa y sus consecuencias, pasaremos a analizar todas ellas con mayor detalle, ordenándolas en distintos apartados en virtud de las presunciones que se establecen en la contratación fraudulenta (*iuris et de iure* o *iuris tantum*) y teniendo en cuenta las diferentes consecuencias que cada una de ellas conlleva.

---

<sup>35</sup> Nicolás Bernard, José Alberto, El fraude de ley... cit. p. 21.

## 2.1. El fraude de ley

*“El Fraude de Ley es una imagen tomada de los asuntos de guerra; así como al envolver al enemigo no se le ataca de frente sino por el flanco o la retaguardia, es decir, por su parte débil, y de modo oculto para que no se aperciba del ataque, así también la Ley se ataca y viola con un golpe en los flancos, oculto y desapercibido; es decir, en el contenido en cuanto que es el lado más débil por cuanto no le protege palabra alguna<sup>36</sup>”.*

El fraude de ley podría definirse como aquella actuación aparentemente regular pero que elude la finalidad de la norma sobre la que se sustenta. Dicho con otras palabras se trata de obtener resultados contrarios a los recogidos en el ordenamiento jurídico mediante el uso de normas sujetas a derecho. Según otra de las definiciones de Paulo: “obra en fraude de ley el que, respetando sus palabras, elude su sentido”

Las actuaciones en fraude de ley no persiguen engañar a nadie, sino utilizar los resquicios del Derecho para obtener un resultado más beneficioso y contrario al ordenamiento jurídico. En el ámbito laboral, el fraude de ley aparece cuando se trata de aplicar la contratación temporal (más beneficiosa en cuanto a la carga que supone para el empresario) para suplir puestos que en realidad tienen carácter indefinido.

Tras estas definiciones podemos observar que el incumplimiento de la norma por omisión no puede considerarse fraude de ley pues de lo que se trata es de obtener un resultado más beneficioso con el cumplimiento aparente de la misma. El incumplimiento directo de la norma deriva en meras irregularidades formales. Sin embargo existen dos figuras que sí conllevan al fraude de ley. De un lado el enmascaramiento de la norma con conductas recogidas en ella pero que persiguen un fin distinto; y de otro lado el recurso a conductas reguladas por otras normas y que conlleva el incumplimiento de la ley defraudada<sup>37</sup>.

El incumplimiento de la ley con cobertura en otra norma supone la aparición de dos figuras jurídicas que operan de manera conjunta en el fraude de ley, por una parte, la figura simulada que permite la aplicación de una norma distinta de la eludida obteniéndose con ello resultados más beneficiosos para el defraudador. Y por otra parte, la figura disimulada, que no está claramente definida y que en caso de ser desenmascarada daría lugar a la aplicación de la norma defraudada. Un ejemplo de una

---

<sup>36</sup> Paulo. Digesto, 1 3-29.

<sup>37</sup> Nicolás Bernard, José Alberto. El fraude de ley... cit. p. 21

actuación de este tipo dentro de la Administración, se produciría cuando ésta recurre a la Ley de Contratos del Sector Público<sup>38</sup> para cubrir servicios que deberían contratarse mediante relaciones laborales. De este aspecto hablaremos más adelante cuando tratemos el tema de la cesión ilegal de trabajadores.

Para que se produzca fraude de ley, es necesaria la concurrencia de una serie de elementos entre los que se encuentran: una ley defraudada, una ley de cobertura con la que se pretende legitimar la actuación fraudulenta y un resultado contrario al ordenamiento jurídico y que trata de ocultarse mediante la ley de cobertura. Pero además es necesario que la ley que ampara el acto que se presume fraudulento no le proteja suficientemente y que la actuación se encamine a un resultado que se devenga contrario o prohibido por una norma considerada fundamental en la materia<sup>39</sup>.

Además de los elementos mencionados en el párrafo anterior, para que un contrato sea declarado en fraude de ley es necesario que se produzca el hecho prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, es decir, no basta con la mera intencionalidad, por lo que es necesario que se firme un contrato temporal sin causa aparente para tal temporalidad eludiendo así la preferencia de la legislación laboral por la indefinición, que sería el hecho prohibido al que nos referimos.

Comúnmente los contratos celebrados en fraude de ley, tienen una apariencia formal, esto es, están realizados conforme a derecho, amparándose en una ley de cobertura. Sin embargo, las irregularidades están en la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de esta norma de cobertura (no existen, entre otras, causas de temporalidad), puesto que en realidad estos contratos deberían estar regulados en otra. Esta norma de cobertura sería el disfraz bajo el que se sitúa el defraudador, que busca cobertura y defensa para huir (sin ser visto), de la aplicación de la norma defraudada y la protección que pretende es también real<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Boletín Oficial del Estado número 261 de 31 de octubre de 2007.

<sup>39</sup> STS Sala de lo Social de 30 de septiembre de 2002; STS Sala de lo Social de 13 de junio de 2003; STS Sala de lo Civil de 28 de enero de 2005.

<sup>40</sup> Nicolás Bernard, José Alberto. El fraude de ley... cit. p. 21

Pero además, se ha de provocar el perjuicio de la ley a la que hemos denominado defraudada. Así el defraudador trata de eludir la contratación indefinida mediante el uso (o abuso) de la contratación temporal que le impone menos cargas que la defraudada.

La jurisprudencia ha señalado que no es necesaria la intencionalidad a la hora de determinar si una actuación ha sido llevada a cabo en fraude de ley (fraude y mala fe no tienen porqué andar unidos), aunque la tendencia de la jurisprudencia no siempre haya ido en este camino. El fraude de ley se basa en definitiva en la no aplicación de una norma denominada defraudada, por lo que carece de importancia si este hecho se produce de manera premeditada o no por el defraudador. Un ejemplo actual a este respecto lo encontramos en la STSJ Canarias de 21 de octubre de 2004, que afirma:

*El fraus legis no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dolus malus) sino la mera y simple consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido, y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito por el artículo 6.4 del Código Civil; el contrato de trabajo concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero, a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir.*

Un acto realizado en fraude de ley supone un atentado contra la seguridad jurídica, recogida en el artículo 9.1 de la CE<sup>41</sup>. Ahora bien, el fraude de ley no se presume nunca y el que alega que los derechos reconocidos en este artículo de la CE han sido vulnerados ha de demostrar el modo en el que se ha manifestado esta vulneración<sup>42</sup>. El fraude de ley debe deducirse de elementos de hecho demostrativos de una voluntad tendente a obtener, mediante la invocación de una norma un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, de este modo, no se puede hablar de fraude de ley cuando se determinan las circunstancias que justifican este tipo de

---

<sup>41</sup> Artículo 9.1 de la Constitución Española: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

<sup>42</sup> Sempere Navarro, Antonio V; Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda... cit. p. 8.

contratación, siendo así que el presupuesto del que ha de deducirse el fraude de ley se debe extraer de los hechos probados<sup>43</sup>. Igualmente no puede establecerse la presunción de fraude de ley en la actividad contractual de la Administración, pues esto equivaldría a decir que en sus actividades habituales la Administración actúa de manera fraudulenta.

Para la presunción de la falta de temporalidad en un contrato de estas características, es necesario establecer una relación con un hecho probado que justifique tal circunstancia, este hecho podría ser, entre otros, la falta de identificación clara en el contrato de trabajo. Esta relación llevaría a una presunción *iuris et de iure*, por lo que no se permite presentar prueba en contra, una vez aparece el fraude de ley.

Un hecho que no debemos soslayar es que al abordar el tema de la contratación en la Administración concurren dos normas que necesariamente han de entrar en conflicto. De un lado nos encontramos con el procedimiento laboral que aboga por la estabilidad en el empleo, y de otro, el procedimiento administrativo que debe garantizar la igualdad en los procesos de selección velando por los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Esto, como veremos cuando tratemos el capítulo de las consecuencias de las irregularidades en la contratación, ha de suponer una importante diferenciación entre las actuaciones en fraude de ley en la Administración y las que se producen en el ámbito privado, pues nos llevará a la definición de trabajadores fijos frente a los indefinidos. Pero llegados a este punto, lo que toca es ahondar más en lo que respecta a las normas que definen el fraude de ley.

### **2.1.1 Cobertura normativa del fraude de ley**

Para tratar el tema del fraude de ley en la contratación laboral, es necesario hacer mención a la preferencia que en las distintas reformas de la legislación laboral se ha establecido en la indefinición contractual frente a la temporalidad. Primeramente debemos acudir al artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores en el que, en principio, no se establece diferencia alguna entre estos dos tipos de contratación<sup>44</sup>, si no fuera porque para la de duración determinada se establecen unos supuestos claros y

---

<sup>43</sup> STSJ de Andalucía, de 1 de octubre de 1997; STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2007.

<sup>44</sup> Artículo 15.1 ET: “El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. (...)”

concretos<sup>45</sup>. Es decir, la ley no permite la contratación temporal fuera de los supuestos que aparecen claramente identificados en el artículo 15.1 y desarrollados con mayor precisión en el Real Decreto 2720/1998<sup>46</sup>.

No obstante lo anterior, existen otros contratos que no aparecen recogidos en el artículo 15 del ET como temporales, pero que implican una excepción a la preferencia por la contratación indefinida, nos estamos refiriendo a los contratos formativos (contrato de formación y contrato en prácticas). En caso de que este tipo de contratos

---

<sup>45</sup>Artículo 15.1 ET: “(...) Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un período de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses.

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

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que 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.

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

<sup>46</sup> Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, desarrolla el artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. Boletín Oficial del Estado número 7 de 8 de enero de 1999.

sean celebrados en fraude de ley, no puede deducirse del artículo 11 ET, que define los contratos formativos, la indefinición contractual. Sin embargo, la normativa de desarrollo de este tipo de contrato, concretamente el Real Decreto 488/1998<sup>47</sup>, sí prevé las causas del concierto de un contrato celebrado en fraude de ley:

*Artículo 22. Presunciones. (...)*

*3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos en prácticas y para la formación celebrados en fraude de ley. (...)*

Por tanto, en el ámbito laboral la transgresión de la norma se produce cuando se pretende acudir a la contratación temporal, sea cual sea la modalidad, para la cobertura de plazas que tienen un carácter indefinido. Y es ahí donde entra en juego el artículo 15.3 ET cuando dice que “se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.

El fraude de ley viene definido en el artículo 6.4 del Código Civil (CC)<sup>48</sup> que reza de la siguiente manera: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. A este respecto traemos a colación la STSJ del País Vasco de 18 de noviembre 1993 que define el fraude de ley laboral en relación al artículo 6.4 CC:

*(...) el art. 6.4 del Código Civil considera ejecutados en fraude de ley “los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él”, que no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, pues en el fraude, como señala la doctrina científica, hay siempre “una puesta en escena” o una presunción aparente que actúa como medio engañoso y un resultado final de frustración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento legal a las personas, tanto cuando se proyecta sobre el*

---

<sup>47</sup> Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo. Desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de contratos formativos. Boletín Oficial del Estado número 85 de 9 de abril de 1995.

<sup>48</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo. Gaceta de 25 de julio de 1889.



*cumplimiento de normas de rígida observancia, como cuando actúa sobre los derechos de terceros que resultan defraudados. Y dado, que en aras del principio de seguridad jurídica, que sanciona el art. 9.1 de la Constitución Española, ha de estimarse que los derechos se ejercitan normalmente, conforme al fin para el que han sido reconocidos, quien aquel derecho lesivo o dañino alega, ha de demostrar los hechos en que así se manifiesta.*

Con las definiciones dadas en el ET y en el CC llegamos a la conclusión de que la norma que trata de eludirse es la relativa a la contratación indefinida utilizando la contratación temporal de manera indiscriminada y en casos en los que no se justifica. Por tanto, puesto que lo que trata de eludirse es la indefinición del contrato, esta será la consecuencia en la aplicación del artículo 15.3 ET.

Por su parte el artículo 12.4 CC considera como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española. De esto último podemos extraer que la ley de cobertura y la ley defraudada deben pertenecer al mismo ordenamiento jurídico. En este caso nos encontramos con que, no solo la norma eludida y de cobertura son la misma, sino que además concurre el hecho curioso de que ambas están recogidas dentro del artículo 15 ET.

En el ámbito laboral una actividad llevada a cabo en fraude de ley no conlleva la nulidad del contrato sino que deriva en la aplicación de la norma eludida. Es de vital importancia que esto sea así, no solo por que así lo digan el artículo 6.4 CC y el artículo 15.3 ET, sino porque lo que se pretende es la salvaguarda de los derechos e intereses del trabajador, cuestión que no se resolvería con la nulidad del contrato celebrado en fraude de ley. Esto no siempre fue así ya que antes de la reforma del título preliminar del Código Civil, operada por Decreto 1836/1974<sup>49</sup>, la doctrina mayoritaria se inclinó por sancionar con la nulidad los actos que se desarrollaran en fraude de ley que equipara actos en fraude de ley con actos contrarios a la ley<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil. Boletín Oficial del Estado número 163 de 9 de julio de 1974.

<sup>50</sup> Análisis más detallados de la evolución de la jurisprudencia podemos encontrarlos en estudios como: Sempere Navarro, Antonio V; Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda... cit. p. 14; y en Nicolás Bernard, José Alberto. "La contratación laboral temporal irregular en la administración pública: evolución jurisprudencial". En Aranzadi Social número 2 de 2000 (Estudios). Cizur Menor (Navarra).

Sin embargo, esta salvaguarda de los derechos de los trabajadores, tiene, como es lógico, ciertos límites. Así, una circunstancia que no resultaría admisible a la hora de declarar que un contrato se ha celebrado en fraude de ley sería cuando, estando ambas partes al tanto y conociendo plenamente las condiciones contractuales, y una vez cumplido y finalizado el contrato por parte del trabajador, se tachara de fraudulenta la relación laboral. A este respecto cabe citar la sentencia de 18 de noviembre de 1993 del TSJ del País Vasco según la cual:

*(...) Toda vez que al ser el contrato de trabajo un contrato jurídico bilateral, la asunción de obligaciones contenidas en el mismo, exige el consentimiento libremente prestado y concurrente de los contratantes, por lo que en principio, en ese momento de su otorgamiento es cuando aquéllos deben preocuparse que sus elementos sean configurados con sometimiento a su voluntad negocial, en concordancia entre la real y la declarada, así como las demás circunstancias formales para la plenitud de efectos.*

*Ya que no resulta admisible, que en un contrato de ejecución continuada, como es el contrato de trabajo, éste se inicie, se desarrolle y se cumpla en su integridad y ello durante un largo tiempo y una vez extinguido se tache de fraudulenta su resolución “pretextando su propia calificación ab initio”.(...)*

Algo distinto a lo anterior sería la circunstancia de que ambas partes concertaran un contrato temporal de una modalidad cuando en realidad debiera concertarse en otra, pues, “como reiterada jurisprudencia advierte, los contratos son lo que son y no lo que las partes estiman que sean<sup>51</sup>”.

Definida la normativa que afecta al fraude de ley, es el momento de que pasemos a analizar las causas que pueden llegar a esta determinación en el ámbito laboral.

### **2.1.2 Supuestos de fraude de Ley en la contratación temporal**

Las causas que llevan a la declaración del fraude de ley siempre pasan por la vulneración de la contratación indefinida mediante el uso de la contratación temporal. Por ello debe diferenciarse entre los contratos con causa errónea, que deberán

---

<sup>51</sup> STSJ de Canarias de 30 de septiembre de 2005.

entenderse como temporales en base a la causa real de contratación temporal y los contratos con causa falsa o ilícita que deben entenderse concertados por tiempo indefinido<sup>52</sup>. Sin embargo, existen otras causas que van más allá de la simple causa falsa y que analizaremos a continuación:

### **Identificación clara de la causa de la temporalidad**

Puesto que hemos estado hablando que la circunstancia fundamental en la que concurre el fraude de ley es el intento de huir de la contratación indefinida, para evitar la sombra de éste, es necesario que la causa de la temporalidad esté claramente identificada cuando se recurre a la contratación temporal. Además, estas causas de temporalidad deben coincidir con las actividades desempeñadas por el trabajador, de modo que se identifiquen con el motivo por el que fue realizada la contratación.

Sin embargo ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo en el hecho de considerar la falta de identificación en el contrato como indefinición iuris tantum o iuris et de iure.

Para una corriente jurídica, esta falta de identificación ha de ser tratada como indefinición iuris tantum ya que consideran que un hecho más grave como la falta de forma escrita en el contrato conlleva, tan solo una mera irregularidad que admite prueba en contra. Y por ello la ausencia de una identificación de la obra o servicio a desarrollar o la falta de detalle en las causas de la contratación eventual, no pueden traer aparejados prejuicios más graves que la ausencia de forma escrita en el contrato y ha de presumirse, por tanto, indefinición iuris tantum<sup>53</sup>.

En nuestra opinión intentar equiparar la situación de los contratos verbales con contratos escritos irregulares no es del todo acertada. Para los contratos verbales en el artículo 8.2 ET y en el artículo 9 del Real Decreto 2720/1998 se admite prueba en contra para demostrar la temporalidad de la relación en caso de que el contrato no se

---

<sup>52</sup> A este respecto cabe citar la STS de 7 de octubre de 1997.

<sup>53</sup> Diversos autores entienden que no pueden declararse constitutivos de fraude de ley, entre otros supuestos: la falta de identificación de la obra o servicio o de la causa del contrato eventual. Sentencias que avalan esta doctrina son las de: STC de 2 de diciembre de 1987, STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1994 y STSJ de Extremadura de 1 de junio de 1995. Entre otros, defienden esta tesis: Sala Franco, Tomás; Pérez Infante, José Ignacio; López Terrada, Eva, *Las modalidades de la contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

haya formalizado por escrito. Esta falta de la forma escrita ha de calificarse como un mero incumplimiento de las normas anteriormente citadas, no equiparable al fraude de ley. Con la consignación de forma vaga o poco precisa de la temporalidad lo que en realidad se está tratando de eludir es la indefinición contractual y por ello, ha de entenderse que el contrato ha sido concertado en fraude de ley. Si la causa de la temporalidad no aparece identificada de una manera explícita, y la tendencia mayoritaria así lo entiende, es porque no existe tal. En un ejemplo más concreto, si en un contrato de obra o servicio no se especifica exactamente la obra o servicio a realizar, ha de entenderse que no existe el motivo por el que se realiza la contratación temporal, por tanto el contrato se ha concertado en fraude de ley tratando de eludir la contratación indefinida por lo que el resultado será precisamente ese, el de la indefinición iuris et de iure sin posibilidad de prueba en contra. Un ejemplo en este sentido es la STS de 30 de junio de 2005 (que a su vez cita a la STS de 23 de marzo de 1996):

*(...) las sentencias de (...) <sup>54</sup>ponen de manifiesto, en la parte que aquí interesa, que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada cumplidamente la causa de la temporalidad. Y de ahí la trascendencia de que se cumpla inexcusablemente la previsión legal (artículo. 2.2.a del Real Decreto 2720/98) de que “el contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto”.*

*Y es que, como advierte la sentencia de 26 de marzo de 1996 con cita de otras varias, “este requisito es fundamental o esencial pues, si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuales son, si los mismos no se han determinado previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es*

---

<sup>54</sup> Esta sentencia cita a las siguientes: STS de 21 de septiembre de 1993; STS de 26 de marzo de 1996; STS de 20 de febrero de 1997; STS de 21 de febrero de 1997; STS de 14 de marzo de 1997; STS de 17 de marzo de 1998; STS de 30 de marzo de 1999; STS de 16 de abril de 1999; STS de 29 de septiembre de 1999; STS de 15 de febrero de 2000; STS de 31 de marzo de 2000; STS de 15 de noviembre de 2000; STS de 18 de septiembre de 2001; STS de 21 de marzo de 2002; y STS de 11 de mayo de 2005.

*forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuales son, con lo que se llega al mismo resultado”.*

La jurisprudencia ha justificado esta actuación en atención a razones de seguridad jurídica, para que el trabajador conozca exactamente cuando comienza su actividad cuáles son las tareas que debe realizar, la vacante que debe sustituir, etc. y de este modo conocer cuándo se acerca la finalización de su contrato coincidiendo con la finalización de la causa de la temporalidad y de la que el trabajador es consciente. A este respecto habla la STSJ de Castilla y León de 4 de marzo de 2009, en la que se declara realizado en fraude de ley un contrato de obra o servicio puesto que en la identificación de la obra o servicio simplemente se especificaban los ejercicios económicos o temporadas. O la STS de 18 de julio de 2007:

*(... )se llega a la conclusión de la ilegalidad de la contratación del actor en cuyo contrato inicial se expresó una causa de tal vaguedad que, a su amparo, podía cubrirse cualquier actividad en cualquier lugar, sin especificar si se trataba de labores permanentes del ayuntamiento o con individualidad propia. Y en el segundo de los contrato no se expresó causa alguna de temporalidad. Por tanto la contratación debía entenderse con carácter indefinido y el cese despido que, carente de causa legal, debe ser declarado improcedente.*

Pero la falta de identificación clara de la temporalidad como causa del fraude de ley no alcanza solo al contrato por obra servicio, sino también al eventual como indica la STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2006:

*El Tribunal Supremo en sentencia de 11 marzo de 1997, en concordancia con la doctrina expuesta en las de 24 de junio de 1996, 25 de noviembre de 1996, 17 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 1996, y 30 de diciembre de 1996, recuerda que el válido acogimiento de la modalidad contractual que nos ocupa no solo requiere que “se concierten para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”, sino además que, al ser concertado, sea consignada con*

*precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de tales tareas.*

*Esta circunstancia es de por sí suficiente para considerar suscrito en fraude de Ley.*

Aunque podría pensarse que la falta de un elemento esencial en el contrato temporal lleva a la misma consecuencia de indefinición contractual, sin embargo, en este supuesto no puede hablarse de fraude de ley sino de irregularidades formales y por tanto se establece la indefinición iuris tantum, permitiendo demostrar al empresario la causa de la temporalidad. Este aspecto será tratado con mayor detenimiento en el apartado dedicado a las irregularidades formales.

### **Utilización de un contrato distinto al de interinidad para cubrir necesidades permanentes en la Administración**

En el caso de que se tratara de una empresa privada, la utilización de la contratación temporal para hacer frente a una vacante indefinida, conllevaría irremisiblemente el fraude de ley. Sin embargo aquí hablamos de la Administración, y el caso al que nos referimos es el del empleo de un contrato eventual o uno de obra o servicio para cubrir temporalmente una vacante mientras se produce el proceso de cobertura de la misma<sup>55</sup>. Es decir, no puede ser elegido el contrato para la realización de una obra o servicio determinados para cubrir necesidades permanentes del organismo

---

<sup>55</sup> A este respecto cabe citar numerosa jurisprudencia, entre la más moderna la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2005: (...) las sentencias del TS de fechas 20 de marzo del 2002 y 6 de mayo del 2003, (...) tras señalar el contenido literal del art. 15 del ET en materia de contratación eventual, en su aplicación a un supuesto de contratación eventual en una situación de necesidad permanente de la actividad laboral de la persona contratada, que el empleo eventual en tareas que no revisten carácter de eventualidad, por exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa que no puede ser atendido con el personal en ese momento existente, no se justifica, máxime cuando en realidad existió una situación de interinidad por vacante, cuyos tiempos de cobertura y contratación suelen ser mayores y no se usaron.

público puesto que perseguiría un resultado contrario al previsto por el art. 15.1.a) ET cuando se refiere a la causa de dicho contrato<sup>56</sup>.

Si se formaliza un contrato temporal que tiene por causa una necesidad transitoria con cierto trabajador y luego se prueba que se trataba de un puesto de carácter estructural que está pendiente de cobertura por los procedimientos reglamentarios, el contrato simulado sería el temporal por circunstancias coyunturales y el disimulado sería un contrato temporal (eventual o interino) hasta la cobertura reglamentaria de las vacantes. Es decir, que no se daría la especie del general fraude de ley contemplado en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores (simulación de temporalidad siendo disimulada la fijeza) sino el fraude de ley contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil (simulación de temporalidad coyuntural para disimular temporalidad estructural)<sup>57</sup>. Sin embargo, la Administración puede recurrir a la contratación eventual para atender necesidades surgidas a consecuencia de numerosas vacantes<sup>58</sup>, utilizando esta opción solo con este carácter excepcional.

El resultado, por tanto, de este fraude de ley en el seno de la Administración sería la indefinición del contrato hasta la cobertura de la plaza vacante. Cuando se traten las consecuencias de las irregularidades, veremos la importancia que tiene en la Administración la distinción entre la condición de fijo e indefinido. Pero ya adelantamos que la condición de fijeza solo podrá adquirirse mediante los procedimientos de cobertura de plazas en los que concurren los principios de igualdad, mérito y capacidad.

---

<sup>56</sup> Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. “La contratación laboral temporal fraudulenta en las administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas”, *Aranzadi Social*, Cizur Menor (Navarra), 2004.

<sup>57</sup> León Cavero, Rafael Andrés; Bal Francés, Edmundo. “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* número 296, 1997.

<sup>58</sup> Sempere Navarro, Antonio V. “La cobertura de vacantes por medio de contratos eventuales y sus problemas”, *Aranzadi Social*, Presentación del volumen III de 1997. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997.

### **Identificación de la plaza vacante en el contrato de interinidad**

Tanto el artículo 15.1, c) del ET como el artículo 4.2 a) del Real Decreto 2720/1998, exigen para su validez que conste la identificación de la persona sustituida y la causa de la sustitución. La falta del primer requisito es motivo de contratación en fraude de ley puesto que no se identifica la causa de la temporalidad.

En el caso tratado en la STS de 18 de junio de 1994 se especificaba la causa de la sustitución, ya que se definía que el contrato se extinguirá cuando la plaza fuera provista. Pero no ocurría lo mismo con la identificación de la persona sustituida, no cumpliéndose con la perfecta determinación de la vacante que debe ocupar el interino mientras se supere el procedimiento de cobertura reglamentaria. Esta identificación cumple la función de dar certidumbre sobre las condiciones en que se sustenta el contrato, que son la actuación provisional del trabajador suplente hasta tanto el titular del puesto de trabajo se incorpore al mismo. Esta certeza sólo se produce cuando la identidad del sustituido está claramente determinada.

Para identificar la plaza vacante se pueden identificar los datos personales del sustituido, pero es suficiente la consignación del número que la plaza tiene en la plantilla o en la oferta de empleo<sup>59</sup> o mediante cualquier otro criterio objetivo según ha indicado, entre otras la STS de 27 de marzo de 2000. En el asunto tratado en esta sentencia, aunque en el contrato no se consignaba ni el número de plaza ni los datos personales del sustituido, se aceptaba como criterio identificador la documentación aportada por la Administración demandada y que definía de forma indirecta la vacante cubierta.

### **La sucesión de contratos**

Por último haremos referencia a las sucesiones de contratos temporales puesto que en ocasiones también pueden incurrir en fraude de ley al intentar cubrir vacantes de carácter indefinido con relaciones contractuales sucesivas temporales. Sin embargo, dada la importancia de este apartado, hemos decidido tratarlo con mayor detenimiento en un apartado específico.

---

<sup>59</sup> STS de 2 de noviembre de 1994.



Podemos adelantar que cuando se incurre en fraude de ley en una contratación temporal, la realización de un contrato lícito posterior no anula el defecto previo que declaró la relación como indefinida.

## 2.2 Irregularidades formales

Una vez estudiadas las causas que conllevan la declaración de un contrato celebrado en fraude de ley, es necesario que definamos aquellas irregularidades en la contratación que no comportan fraude de ley y que la jurisprudencia ha definido como meras irregularidades formales.

Primeramente debemos diferenciar entre ambas actuaciones, es decir aquellas que simplemente incumplen lo establecido en la normativa sobre contratación y aquellas otras que han sido realizadas en fraude de ley. Ya hemos visto que el ET y el Real Decreto 2720/1998 conforman la normativa encargada de definir en qué casos se cometen irregularidades en la contratación y cuáles son las causas que subyacen de las mismas<sup>60</sup>. En el caso de las irregularidades formales, éstas se caracterizan por permitir al empresario presentar prueba en contra, por tanto establecen presunciones de indefinición iuris tantum.

Es reiterado el criterio de que la infracción o el incumplimiento por el empleador de requisitos meramente formales, no sustanciales y ajenos a todo ánimo de utilización fraudulenta de los mecanismos de contratación, no puede dar lugar a la conversión, por este solo motivo, de la relación laboral en indefinida cuando efectivamente concurre la causa de temporalidad que se hace constar en el contrato y se corresponde con alguna de las previstas legalmente, sin infringir normas de derecho de carácter sustantivo<sup>61</sup>.

A continuación resumiremos brevemente las principales situaciones que conllevan irregularidades en la contratación temporal sin presumirse el fraude de ley, para pasar, seguidamente, a desarrollarlas con más detalle.

### **2.2.1 Principales irregularidades en los contratos temporales**

- Ausencia de la forma escrita del contrato.
- La causa errónea de la temporalidad.
- La elección de un tipo contractual erróneo.
- La omisión de algún requisito administrativo meramente formal.

---

<sup>60</sup> Sala Franco, Tomás; Pérez Infante, José Ignacio; López Terrada, Eva...Cít. p. 33.

<sup>61</sup> STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2007.

- La no especificación de la modalidad contractual.
- Trabajadores interinos a los que se les asignan tareas diferentes.
- Trabajadores que continúan desempeñando su labor una vez finalizado el contrato.

La exigencia de la forma escrita en la contratación temporal aparece recogida en diversos preceptos. Primeramente el artículo 9 del Real Decreto 2720/1998 dispone que los contratos de duración determinada se presumirán celebrados por tiempo indefinido, salvo que de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca la naturaleza temporal de los mismos, cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita. También el artículo 6.1 del Real Decreto 2720/1998, cuando se refiere a la forma de los contratos, establece que los de obra o servicio determinado (entre otros) deberán formalizarse siempre por escrito y, en el último supuesto, en el modelo oficial<sup>62</sup>.

El artículo 8 del ET, que en su apartado 1 señala que el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra, deja constancia en el apartado 2 de que: “Deberán constar por escrito (entre otros) los contratos para la realización de una obra o servicio determinado” estableciendo también, in fine, que de no observarse tal exigencia el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los mismos.

No obstante, el apartado 4 de este artículo 8 del ET establece que cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral. Sin embargo, este apartado del precepto solamente tiene validez para los contratos eventuales de duración inferior a cuatro semanas pues, el Real Decreto 2720/1998 en su artículo 6.1 eliminó cualquier otro tipo de posibilidad para la vinculación verbal dentro de los contratos temporales que no fuera ese supuesto específico de los contratos eventuales.

La jurisprudencia se ha encargado de recalcar que el artículo 9.1 del Real Decreto 2720/98 excluye de la conversión del contrato en indefinido a aquellos

---

<sup>62</sup> El artículo 22 del Real Decreto 488/1998, por su parte, se encarga de presumir con carácter indefinido aquellos contratos temporales en los que no se observara la forma escrita.

supuestos en los que se acredite la naturaleza temporal de los servicios, a pesar de no guardarse la forma escrita. Por tanto, la norma, de esta manera expresa, excluye la adquisición de la condición de fijo/indefinido cuando se acredita la temporalidad del contrato verbal, pese a no constar esa forma escrita<sup>63</sup>. Esta exclusión no solo alcanza a los contratos de duración determinada cuando hay una ausencia total de contrato escrito, sino también cuando se produce la ausencia de alguna mención o indicación exigible legal o reglamentariamente<sup>64</sup>. Sin embargo esta es una cuestión controvertida que ya hemos matizado en el asunto del fraude de ley. La jurisprudencia mayoritaria entiende que ante la falta de algunas menciones básicas como la causa de la temporalidad, se incurre en fraude de ley y no en meras irregularidades formales.

La consignación de una causa errónea de la temporalidad no deviene en fraude de ley siempre y cuando la causa real sea precisamente una causa temporal y no conlleve necesidades permanentes para la empresa. A veces la frontera que diferencia las causas de temporalidad que desembocan en un contrato o en otro, no están claras. De ahí la confusión que se produce a veces entre causas de eventualidad y obra o servicio, o incluso, entre causas de eventualidad y las de interinidad. Sin embargo, una vez cometido el error, no es posible a posteriori sustituir una modalidad contractual por otra.

En estos casos es importante que distingamos por una parte, los contratos con causa errónea que han de entenderse como temporales en base a la causa real de contratación temporal, y por otra, los contratos con causa falsa o ilícita que deben entenderse concertados por tiempo indefinido<sup>65</sup>.

Generalmente lo que provoca la consignación de una causa errónea de la temporalidad es la elección, también errónea de una modalidad contractual, por lo que podemos establecer una relación entre ambas<sup>66</sup>. Lo que más nos interesa aquí es destacar la figura del personal interino. El Tribunal Supremo ha consagrado la

---

<sup>63</sup> STSJ de Canarias de 12 de febrero de 2008.

<sup>64</sup> STSJ de Castilla la Mancha de 19 de octubre de 2004.

<sup>65</sup> STS de 7 de octubre de 1998.

<sup>66</sup> STSJ de Canarias de 12 de febrero de 2008.

posibilidad de aplicar la doctrina de la interinidad por vacante por las Administraciones públicas en sus contrataciones temporales:

*(...) no solo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, como prevé el art. 15.1 c) del ET y el artículo. 4 del Real Decreto 2104/1984 de 21 de noviembre, y en el hoy vigente Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, sino también para la cobertura provisional de vacante hasta que reglamentariamente se cubran definitivamente a través de los procedimientos establecidos al efecto, sin que el hecho de que se utilice en el tipo de contrataciones el cauce del contrato para obra o servicio determinado previsto en el artículo 15-1a) del ET y Reales Decretos que lo desarrollan, desvirtúan la naturaleza de la interinidad por vacante, ni que pueda, por ello transformarse un contrato temporal para la cobertura personal de una vacante en un contrato por tiempo indefinido, pues lo que prevalece a la hora de la calificación jurídica del contrato es el contenido obligatorio del mismo, no la denominación dada por las partes<sup>67</sup>.*

Sin embargo, en aquellos casos en los que se ha de sustituir a un trabajador que se encuentra disfrutando del periodo de vacaciones anuales, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha oscilado a la hora de entender la modalidad de contratación. Por una parte, ha entendido que la modalidad de contratación temporal que ha de ser utilizada es la del contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción, al existir solo una interrupción de la prestación laboral (SSTS de 5 y 12 de julio de 1994) y por otra parte, el Tribunal Supremo también ha considerado la modalidad de contrato de interinidad, al tratarse de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo (STS de 15 de febrero de 1995). Finalmente, este Tribunal se ha decantado preferentemente por la primera de las dos posturas referidas, lo que sí ha dejado claro nuestro Alto Tribunal en numerosas sentencias es que aunque el recurso al contrato de interinidad para suplir las tareas de quienes se encuentren de vacaciones

---

<sup>67</sup> STS de 14 de mayo de 2008.

podiera no ser adecuada, por sí sola no convierte el vínculo en indefinido, al tratarse de una mera irregularidad formal no fraudulenta<sup>68</sup>.

Aunque no son pocas las sentencias que indican que la contratación de sustitución de determinados trabajadores de la empresa durante el tiempo de disfrute sucesivo de sus vacaciones, la modalidad contractual que debió utilizarse era la del contrato de interinidad regulado en el art. 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, destinado a tal fin; ahora bien la falta de formalización por escrito del contrato temporal, la errónea utilización de una modalidad contractual temporal por otra, o la falta de consignación de su objeto no conlleva que ineludiblemente tal contratación se repunte fraudulenta y se considere la referida contratación de naturaleza indefinida<sup>69</sup>.

La no especificación de la modalidad contractual es una de las irregularidades más frecuentes. Sin embargo, el hecho de no especificar la modalidad contractual acogida no implica la presunción de fraude, pues en tal caso, la indefinición contractual se predicaría por aplicación del art. 15.1 ET, al no especificarse la causa temporal alegada bajo la concreta modalidad contractual y no bajo los auspicios del fraude de ley, al disponer que “se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”. El fraude de ley descansa básica y fundamentalmente en la existencia de una conducta con apariencia de licitud, que posibilite al amparo de una norma legal vigente, obtener un resultado o un beneficio, no debido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió quien, con su conducta, procedió anómala e irregularmente, es decir, ante la actividad permanente, la causa legal aparente sí es mencionada en el contrato de obra, pero, en realidad, dicha causa carece de temporalidad, esto es precisamente lo que evidencia el fraude de ley.

Otra irregularidad sobre la que se ha pronunciado la jurisprudencia hace referencia a los trabajadores interinos que desarrollan su actividad en un puesto

---

<sup>68</sup> STSJ de Canarias de 27 de octubre de 2008. Con cita en otras sentencias como STS de 5 de julio de 1994; STS de 12 de julio de 1994; STS de 15 de febrero de 1995 y STS de 24 de enero de 1996.

<sup>69</sup> STSJ de Castilla la Mancha de 19 de octubre de 2004.

diferente del desempeñado por el trabajador al que están sustituyendo. En este caso el Real Decreto 2720/1998 establece en su artículo 4 apartado 2 a) que el contrato deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a sustituir el puesto de aquel. Las irregularidades se producen cuando no se especifica esta circunstancia.

Sin embargo, los contratos de este tipo no se declaran celebrados en fraude de Ley cuando se conciertan por una Administración pública, ya que la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de que el trabajador interino desempeñe un puesto de trabajo distinto del que desempeñaba el sustituido, pues “ello entra dentro de las facultades organizativas de la empresa, siendo perfectamente razonable que las funciones concretas que realizaba el trabajador sustituido sean encomendadas, durante su ausencia, a otro trabajador de la empresa que pueda desarrollarlas más adecuadamente que el interino, pasando éste a desempeñar otras funciones no coincidentes con las del sustituido” ( STSJ de Andalucía, de 6 de marzo de 1992, STSJ de Baleares, de 18 de marzo de 1994 y STS de 30 de abril de 1994, en unificación de doctrina)<sup>70</sup>.

Por último, haremos referencia a una irregularidad que aparece tras la finalización de la causa de la temporalidad que justificó el contrato, cuando el trabajador temporal continúa desarrollando su labor. Cuando el artículo 8.2. del Real Decreto 2720/1998, establece que el contrato de interinidad se debe considerar tácitamente prorrogado por tiempo indefinido si el trabajador continúa prestando servicios tras concurrir alguna de las causas previstas para su extinción, se está refiriendo, única y exclusivamente, a los casos en que el empresario efectivamente incurre en fraude de ley y pretende ampararse en esta forma de contratación para prolongar indebidamente la relación laboral sin que se dé ninguna de las causas de temporalidad contempladas en la Ley. De ahí que este mismo precepto permita la aportación de prueba para acreditar la naturaleza temporal de la prestación, aún en el caso de que el trabajador hubiere continuado prestando servicios tras expirar el contrato temporal<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Citadas por la STSJ de Castilla la Mancha de 1 de febrero de 2006.

<sup>71</sup> STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2007

### 2.3 Falta de alta y de cotización en la Seguridad Social

Otra de las irregularidades formales que devienen en la conversión del contrato temporal en indefinido es la falta de alta del trabajador en la Seguridad Social. En este sentido el artículo 15.2 del ET recoge que:

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

Por su parte, el artículo 22.2 del Real Decreto 488/1998 y el artículo 9.2 del Real Decreto 2720/1998 reproducen íntegramente este precepto sin aportar ninguna novedad al respecto.

De la redacción dada por el legislador a este precepto se desprende una presunción de indefinición iuris tantum, aunque no se exprese directamente como tal en el texto. De hecho, los dos Reales Decretos que acabamos de citar encuadran este artículo dentro de un apartado más genérico denominado Presunciones.

El precepto al que nos referimos entra en funcionamiento en el momento en el que transcurrido un plazo igual al que se hubiera fijado para el período de prueba el trabajador no hubiera sido dado de alta en la Seguridad Social. Llegados a este punto debemos remitirnos al artículo 14.1 del ET, según el cual:

*“podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.*

*El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.*



*Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.”*

Esto quiere decir que en el caso de que se pacte un período de prueba en el contrato, el plazo para que el empresario dé de alta al trabajador en la Seguridad Social coincide con la duración de este período de prueba siempre y cuando respete los límites establecidos en el convenio colectivo correspondiente o en su defecto, los plazos establecidos en el artículo 14.1 ET. En el caso de que no se haya pactado período de prueba, el plazo del que dispondrá el empresario será el máximo permitido para el período de prueba en la normativa que lo regula, como ya hemos dicho los convenios sectoriales, y en su defecto el artículo 14.1 ET.

El artículo 15.2 del ET establece que a pesar de la ausencia de pacto se debe aplicar el plazo establecido por convenio o en la propia ley para definir el período en el que el trabajador debe ser dado de alta en la Seguridad Social. Sin embargo, no nos parece del todo acertado el establecimiento de este plazo cuando no se suscribe por escrito el período de prueba puesto que la jurisprudencia ha sido clara en lo que respecta a la validez del período de prueba afirmando que la forma escrita del contrato relativo al período de prueba es requisito *ad solemnitatem*. La falta de forma escrita invalida el pacto, salvo que dicha omisión resulte imputable al propio trabajador.

En los casos en los que no se acuerde con el trabajador un período de prueba hubiera sido más acertado, en nuestra opinión, que la ley estableciera un plazo para que el empresario pueda dar de alta en la Seguridad Social al trabajador. Ello es así porque parece incongruente la necesidad de establecer por escrito la duración del período de prueba con la utilización del plazo legal establecido por convenio (o por el propio ET) incluso en aquellos casos en los que este período de prueba no se hubiese formulado por escrito y por tanto, sea inexistente.

La falta de alta en la Seguridad Social no suele ser un hecho que convierta, por sí solo, un contrato temporal en indefinido pues suelen subyacer circunstancias más graves. Es el caso de la STSJ de Castilla la Mancha de 19 de octubre de 2004, en la que se alega como causa de la indefinición esta falta de alta en la Seguridad Social cuando las causas realmente graves para declarar la indefinición se hallaban en la falta de

consignación de la causa de la temporalidad y en la ausencia de forma escrita en el contrato.

Otro de los aspectos controvertidos corresponde al cómputo del período de tiempo a efectos de establecer la presunción. El día inicial debiera ser el del inicio de la prestación de servicios, en que el trabajador debió ser dado de alta en la Seguridad Social, y no cualquier otro, como la firma o el registro del contrato.

## 2.4 Irregularidades en la denuncia

Para la finalización de los contratos temporales no basta con que se produzca la causa resolutoria del mismo (fin de la obra o servicio, expiración de la duración máxima del contrato en los contratos formativos o cobertura de la plaza vacante en los contratos de interinidad), es necesaria una denuncia expresa de esta situación. Esta denuncia podrá ser escrita o verbal pero, de cualquier modo deberá manifestarse de manera expresa, clara y precisa, tal y como indica la STS de 21 de septiembre de 1988.

A la hora de tratar el supuesto de la denuncia contractual es necesario diferenciar si esta se produce antes de la finalización del contrato temporal o con posterioridad a la misma. Incluso en el caso de que se produzca en el instante mismo de la terminación del contrato, si este hubiera sido concertado en fraude de ley, la denuncia consiste en un despido puesto que el trabajador habría adquirido, por esta circunstancia, la condición de indefinido, por ello que cabe distinguir esta circunstancia (contratos en fraude de ley) de aquellos otros contratos temporales concertados lícitamente.

Es el artículo 49.1 c) del ET el que establece las circunstancias en las que debe producirse la extinción del contrato temporal:

*Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del “contrato de inserción” y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio o la establecida, en su caso, en una normativa específica que sea de aplicación.*

Algunos autores<sup>72</sup> han visto en esta parte del precepto una voluntad del legislador de hacer menos atractiva al empresario la contratación laboral temporal, técnica disuasoria que, sin embargo, no ha provocado la disminución del volumen de temporalidad, por ser preferible el recurso a dicha temporalidad, por las menores cargas que comporta al empresario, que obligarse al pago de una cantidad indemnizatoria

---

<sup>72</sup> Nicolás Bernard, ...cit. p. 21.

prácticamente simbólica. Continúa el artículo 49.1 c) del ET estableciendo presunciones en el caso de que no se produjera la denuncia, que tendrá el carácter de obligatoria:

*Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.*

*Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (...).*

Aunque el ET no incluye los contratos de interinidad entre estos supuestos y tampoco se refiere al contrato eventual, sí están incluidos en el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998, en el que se señala que si no se produce la denuncia previa a la finalización de la causa de la temporalidad, estos dos tipos de contratos también se entenderán concertados por tiempo indefinido. Por su parte, con una redacción similar se establece la necesidad de la denuncia para los contratos formativos en los artículos 21 y 22 del Real Decreto 488/1998.

Si la empresa extingue la relación laboral con posterioridad al término causa de la temporalidad para el que ha sido contratado el trabajador, supondrá un despido, pues al exceder el límite del contrato temporal la relación se presume indefinida, tal y como hemos deducido del artículos 49.1 c) del ET, 8.2 del Real Decreto 2720/1998 y 22 del Real Decreto 488/1998. Por tanto, no hay una extinción normal del contrato temporal, sino que al transformarse la relación laboral en indefinida se produce la ruptura unilateral de una relación laboral sin causa hábil que la justifique.

Al principio señalábamos que esto también ocurría en el caso de que el contrato hubiera sido celebrado en fraude de ley, solo que en este caso, las normas citadas admiten prueba en contrario de la naturaleza temporal de tal prórroga<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> STS de 21 de diciembre de 1984 y STS de 2 de marzo de 1990.

Por último, cabe señalar el caso de que la denuncia se produzca con anterioridad a la finalización de la causa temporal que justificó la contratación. A este respecto, la jurisprudencia mayoritaria se ha decantado por el pago de los salarios que el trabajador hubiera dejado de percibir hasta la finalización real de la causa de la temporalidad<sup>74</sup>. Sin embargo no faltan sentencias en el sentido contrario, justificando que el art. 56.1 del ET regula los efectos del despido improcedente sin distinguir entre contratos indefinidos o temporales cuando el contrato se extingue por voluntad del empresario, sin la concurrencia de causa justificativa estableciendo la necesidad de que el empresario opte entre readmisión e indemnización<sup>75</sup>. No obstante, las consecuencias de estas irregularidades, junto con las otras que se han citado hasta ahora, se analizarán con mayor detenimiento en el apartado de consecuencias de la contratación temporal irregular.

---

<sup>74</sup> STS de 26 de junio de 1980, STS de 2 de enero de 1981; STS de 30 de junio de 1988, la línea argumental del TS tuvo su continuación en el STC en sentencias de 14 de junio de 1987 y de 10 de mayo de 1988. También la jurisprudencia de los TSJ se ha hecho eco de esta línea argumental: STSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 1990.

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997 y, posteriormente, la STS de 22 de abril de 1998.

## 2.5 Cesión ilegal de trabajadores

La génesis de este fenómeno de la cesión de trabajadores se encuentra en los movimientos del mercado que han alterado las tradicionales relaciones bilaterales del trabajo. En ciertos sectores estas relaciones dejan de ser bilaterales para convertirse en relaciones multilaterales como consecuencia de las actividades de descentralización productiva, también denominadas exteriorización de actividad, externalización u outsourcing<sup>76</sup>. Esta visión de la empresa supone un importante cambio pues se aleja de la concepción tradicional de empresa en la que los trabajadores prestaban sus servicios para el empresario que los contrató. En este complejo entramado va a ser donde van a surgir nuevas figuras como los grupos de empresas y las empresas de trabajo temporal, y a raíz de él aparecerán irregularidades en las relaciones contractuales con los trabajadores que trataremos de analizar.

Esta modificación de la actividad productiva también afecta a la Administración que, con los complejos procesos de descentralización y de instrumentalización en los que se halla inmersa, genera el caldo de cultivo adecuado para que se gesten irregularidades de este tipo.

El principal problema aparece a la hora de determinar si la externalización empleada en estos nuevos modelos de actividad productiva, responde a la realidad del modelo de contrata (legítima en nuestro ordenamiento en diversas circunstancias) o, por el contrario, estamos ante un simple suministro de mano de obra encubierto de carácter permanente o temporal. Es decir es necesario (y la jurisprudencia así lo ha entendido) diferenciar entre lo que es suministro de mano de obra y lo que no lo es.

Con lo que hemos adelantado hasta ahora, podríamos definir el outsourcing o externalización como el conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneos para materializar la externalización de actividades y funciones de la empresa. Esto conlleva que sólo se puedan considerar contratos de exteriorización de actividades aquellos que cumplan esas condiciones<sup>77</sup>, a

---

<sup>76</sup> García Ross, Amador. “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro: Su análisis jurisprudencial”, Aranzadi Social número 1, 2009.

<sup>77</sup> García-Moreno Gonzalo, José M<sup>a</sup>. “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales: Tipología y régimen jurídico básico”, en Pedrajas Moreno,

saber: o bien que se trate de una colaboración para desarrollar actividades productivas para la empresa, de carácter financiero o comercial; o bien que se las funciones por las que se suscriben estos contratos viniesen siendo desarrolladas por los trabajadores de la propia empresa o, en todo caso pudiesen realizarse indistintamente por éstos o por los trabajadores de la empresa especializada externa.

Por su parte, definiríamos la cesión ilegal de trabajadores como la especulación fraudulenta de mano de obra, obteniéndose un beneficio ilícito para el prestamista con el que la empresa supuestamente concierta un servicio y que, sin embargo, nada aporta a la realización del mismo. La finalidad de esta cesión de trabajadores es la de eludir responsabilidades laborales, provocar insolvencias empresariales o la reducción artificial del número de trabajadores de una empresa con cualquier propósito. Lo que se intenta con estas relaciones de trabajo triangulares en el contrato de trabajo es eludir la aplicación de las normas más favorables al trabajador, perjudicándole, colocando a un tercero en lugar del verdadero empresario<sup>78</sup>. En otras ocasiones las únicas pretensiones de la empresa concesionaria es la de no perder su poder de dirección sobre los procesos productivos externalizados ejerciendo como si los trabajadores al servicio de la subcontrata en realidad fueran los suyos propios<sup>79</sup>.

Para intentar aclarar estos conceptos es necesario introducirnos dentro de la normativa legal en la que se apoya la cesión ilegal para después abordar los distintos criterios jurisprudenciales y los supuestos que conllevan a este tipo irregular de contratación.

---

Abdón, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

<sup>78</sup> Moreno González-Aller, Ignacio. “Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores”. En *Aranzadi Social*, número 20 de 2008.

<sup>79</sup> Pedrajas Moreno, Abdón. “La cesión ilegal de trabajadores”, en Pedrajas Moreno, Abdón, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, cit. 52.

### **2.5.1 Marco normativo de la cesión ilegal**

La inclusión de esta figura en el ET se produjo con la reforma efectuada mediante la ya citada Ley 43/2006<sup>80</sup>, y la modificación que introdujo al artículo 43 ET. Esta reforma introdujo en la redacción del precepto un nuevo apartado, cuya finalidad según expresa la exposición de motivos de la ley es la de recoger por primera vez, “una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia”. Nos ha parecido interesante incluir el texto del artículo al que nos estamos refiriendo:

*“Artículo 43. Cesión de trabajadores.*

*(...)2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de los servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.(...)*

Por tanto, y a partir de la entrada en vigor de esta Ley 43/2006, se reconocen de forma expresa dos figuras, por un lado un cesión ilegal de trabajadores localizada principalmente en el encubrimiento en formas de contrata o subcontrata; y por otro lado, una cesión legal a través de empresas de trabajo temporal y que estaba recogida con anterioridad a la reforma de 2006 en el apartado 1 del artículo 43, como única forma posible de cesión temporal. Así este apartado establece que “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”. De esta manera se convierte en instrumento determinante de la existencia de una cesión, a la vez que en elemento diferenciador, entre cesión legal y aquellas que no lo son, que la empresa que contrate trabajadores con este propósito haya

---

<sup>80</sup> Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Boletín Oficial del Estado número 312 de 30 de diciembre de 2006.



obtenido la correspondiente autorización administrativa. Así, la autorización funciona como mecanismo de control administrativo de la ilicitud o no de este tipo de contrataciones, y sirve para proclamar que el tráfico de mano de obra autorizado es legal, y no así, aquel que no ha obtenido la supervisión administrativa correspondiente<sup>81</sup>.

### **2.5.2 Evolución jurisprudencial**

Nos ha parecido interesante recoger aquí un breve análisis de las posturas jurisprudenciales seguidas en las diferentes épocas, por la importancia que tiene para la comprensión del actual concepto de cesión ilegal de trabajadores.

#### **La inexistencia del empresario real como presupuesto de la cesión ilegal<sup>82</sup>.**

Originalmente, la construcción jurídica se estructuró en torno al concepto de “empresario aparente”. Así la existencia de la cesión ilegal se materializaba a través de un empresario ficticio cuya existencia solo se justificaba en tanto en cuanto actuaba como intermediario entre los trabajadores y las empresas en las que éstos prestaban sus servicios. Por lo tanto se trataba de determinar si la empresa contratadora era una empresa real o simplemente realizaba una labor de intermediaria de mano de obra para otra, con la única finalidad de especular económicamente con trabajadores.

Los criterios para descubrir el carácter legítimo o ilícito de estas empresas se basaron en el análisis de los datos patrimoniales y organizativos que demostraran o descartaran la existencia de una válida cesión. Se requería la existencia de una estructura empresarial que contase con patrimonio, organización y medios propios. Para ello era necesario comprobar la concurrencia de medios materiales (instalaciones, oficinas maquinaria, herramientas), personales (diversidad de grupos de personal),

---

<sup>81</sup> García Ross, Amador. “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro: Su análisis jurisprudencial”. En Aranzadi Social número 1 de 2009. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.

<sup>82</sup> Mercader Uguina, Jesús R. “La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida”, en Cruz Villalón, Jesús, *La reforma laboral de 2006: Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2006. Este autor distingue entre las dos etapas jurisprudenciales que vamos a indicar en el presente trabajo.

económicos (volumen de negocio, prestación de servicios a otras empresas) y jurídicos (Válida constitución, objeto social)<sup>83</sup>.

En definitiva habría cesión ilegal y no contrata cuando la supuesta contratista es una empresa aparente o ficticia. En sentido inverso para que exista contrata es necesario que el contratista disponga de una organización productiva con existencia anterior e independiente. No basta con su existencia formal, esto es, con personalidad jurídica, inscripción en la Seguridad Social, sino que además debe contar con medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad<sup>84</sup>.

### **No basta con la existencia de un empresario real no ficticio**

Sin embargo a partir de la STS de 19 de enero de 1994 se modificó el criterio del empresario real. Además de este requisito se hace necesario que la empresa ponga en juego tanto su organización empresarial como sus medios para hacer frente a la subcontratación. Como afirman la STS de 12 de diciembre de 1997, STS de 14 de septiembre de 2001 y STS de 16 de junio de 2003 (entre otras), aunque se ha acreditado que la empresa que facilita el personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no sea puesta en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria.

Sin embargo encontrar el límite entre lo que es y lo que no es “poner en juego” la organización empresarial es un tema harto complejo. Señala la STS de 25 de octubre a este respecto que los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudirse con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la de que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial, o incluso, aún

---

<sup>83</sup> Rodríguez Ramos, M.J. La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>84</sup> Jurisprudencia al respecto la encontramos en las STS de 17 de enero de 1991; STS de 11 de octubre de 1993; STS de 13 de diciembre de 1990.

tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para otra, pues la cesión ilegal se produce también cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de mano de obra para el desarrollo del servicio.

### **Consolidación de los anteriores criterios**

Ya hemos citado la voluntad del legislador de afirmar los criterios jurisprudenciales (los anteriormente citados) con la redacción del apartado segundo del artículo 43 ET. Si atendemos a la redacción de este artículo observamos tres criterios para la observancia de la cesión ilegal:

- Que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria. Opción que solo se permite mediante las empresas de trabajo temporal. Esta era una opción prohibida por la más temprana jurisprudencia.
- Que la empresa cedente carezca de actividad o de organización propia y estable, o cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad. Es el primero criterio jurisprudencial que habíamos indicado, no basta con la existencia legal de la empresa, ésta además debe tener una estructura y medios suficientes para hacer frente a la subcontrata.
- Que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Y este se corresponde con la segunda etapa de la jurisprudencia. No basta con la existencia real de la empresa sino que es necesario que el empresario ponga en juego su patrimonio en la subcontrata.

Sin embargo, con esta versión de la cesión ilegal no se agotan todas las posibilidades<sup>85</sup>, es decir, no es posible abarcar una completa positivación de la jurisprudencia realizada en torno al artículo 43 del ET porque ello evitaría, cualquier intervención interpretativa de los tribunales, limitando su labor a apreciar o no la existencia de los elementos recogidos en la ley, y en su caso a resolver si la prueba practicada en el juicio ha logrado o no su efectiva constatación; la existencia de estos supuestos legales no es suficiente y no agota los supuestos que pueden llevar a la cesión

---

<sup>85</sup> García Ross, Amador. “La cesión ilegal...”. Cít. p. 52.

ilegal. No obstante esta positivización ha sido beneficiosa para los trabajadores puesto que con la simple demostración de uno de los criterios recogidos en el artículo 43.2 es suficiente para la declaración de la cesión ilegal, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma cuando se veían abocados a demostrar la situación global de las empresas que se veían implicadas en clara relación con los criterios jurisprudenciales señalados.

### **2.5.3 Supuestos que conllevan cesión ilegal de trabajadores**

Son muchos los supuestos prácticos que implican una cesión ilegal de trabajadores, sin embargo solo trataremos aquí los supuestos más comunes, entre ellos la empresa cuya única actividad productiva es la mano de obra y otros más enrevesados como cesiones de trabajadores entre empresas que forman parte de un grupo de empresas, las contratadas o subcontratadas suscritas entre un empresario principal con una o varias empresas multiservicios...

#### **La cesión entre empresas del mismo grupo**

Por grupo empresarial se entiende a aquellos formados por varias empresas formalmente independientes pero que actúan bajo una dirección unitaria. Esto les proporciona una cierta unidad económica originando una separación entre la realidad material y las formas jurídicas<sup>86</sup>. La jurisprudencia entiende que ante grupos empresariales de este tipo, debe prevalecer la independencia entre ellas y la no comunicación de responsabilidades<sup>87</sup>. Esto no es óbice para que cuando concurren determinados indicios, se puede entender que tal entramado empresarial no es más que una forma de enmascarar una única organización productiva por lo que debe prevalecer la realidad material sobre la formal. Estos indicios pueden ser la confusión de

---

<sup>86</sup> Camps Ruiz, L. “El contrato de Trabajo”. En: VV.AA. *Derecho del Trabajo*, 9ª Edición. Valencia, Tirant lo Blanch.

<sup>87</sup> STS de 30 de abril de 1999.

patrimonios, la presencia de una dirección única y la utilización abusiva de la personalidad jurídica<sup>88</sup>.

La circulación de trabajadores dentro del mismo grupo empresarial se produce cuando una empresa contrata un servicio con otra del mismo grupo y los trabajadores de esta última pasan a desempeñar sus servicios en la primera, de forma que lo único que se pretende con esta actuación es evitar contratar de forma indefinida a estos trabajadores.

### **Las empresas multiservicios.**

Son estas empresas que aglutinan varias funciones y normalmente están dedicadas a la prestación de servicios a otras empresas. Aparentemente son legítimas puesto que se articulan en base a un objeto social muy amplio desde la prestación de servicios de escasa o nula cualificación hasta los que requieren una cierta especialización (como el procesamiento de datos). Debido a ello, pueden vulnerar la exigencia de una organización propia o unos medios para la prestación del servicio puesto que suelen desempeñar tareas de baja cualificación y para las que no se requiere una gran capacidad organizativa de la empresa.

La forma de actuar de estas empresas multiservicios es similar a la de las empresas de trabajo temporal pero sin las exigencias de aquellas y satisfacen los servicios contratados con las empresas mediante contratos de obra o servicio con sus trabajadores.

A este respecto la jurisprudencia ha permitido esta actuación de contratar a trabajadores con la modalidad de obra o servicio condicionando la duración a la subsistencia de la contrata, esto es, si se volviera a renovar, la relación contractual del trabajador se mantendría. En todo caso, la extinción de la contrata opera como condición resolutoria o como término atípico y determina igualmente la finalización del contrato de trabajo<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> A este respecto véanse sentencias como las de 29 de octubre de 1997, STS de 26 de enero de 1998, STS de 18 de mayo de 1998, STS de 9 de julio de 2001 y STS de 26 de setiembre de 2001.

<sup>89</sup> STS de 6 de octubre de 2006; STS de 22 de octubre de 2003 y STS de 20 de noviembre de 2000.

### **La cesión ilegal en las empresas de trabajo temporal**

Aunque las empresas de trabajo temporal son las únicas reconocidas para realizar una cesión de trabajadores legítima, es posible que, en función de su mala praxis realicen una cesión prohibida. Esto ocurriría cuando la causa temporal de los contratos temporales que surgen de estas relaciones no se ajusta a derecho o porque simplemente se trataba de cubrir necesidades permanentes de la empresa en la que los trabajadores prestan sus servicios.

En estos supuestos, la única responsable de dicho incumplimiento es la empresa de trabajo temporal, y únicamente la empresa a la que van a parar los trabajadores de la empresa de trabajo temporal debe soportar de forma subsidiaria la responsabilidad que de dicha situación se produjera respecto a las obligaciones salariales y de seguridad social, y sólo en los supuestos en los que se incumpliera los límites a la contratación, regulados en el artículo 6 de la Ley 14/1994<sup>90</sup>, o las prohibiciones previstas en su artículo 8, la responsabilidad de los efectos y de las consecuencias era asumida de forma solidaria, tanto por la empresa de trabajo temporal, como por la empresa en la que los trabajadores prestan sus servicios. Esto no impide que además se aplique el artículo 43 del ET con la declaración de indefinición en la relación contractual del trabajador. En este sentido podemos hacer referencia a la STS de 4 de julio de 2006, STS de 28 de diciembre de 2006 y STS de 23 de diciembre de 2004.

---

<sup>90</sup> Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal. Boletín Oficial del Estado número 131 de 2 de junio de 1994.

## 2.6 Encadenamiento de contratos

### 2.6.1 Introducción

Es frecuente por parte de los empresarios la contratación temporal de un mismo trabajador beneficiándose de los servicios prestados a la misma empresa, mediante el uso de sucesivos contratos temporales. La sucesión de diversos contratos temporales no constituye fraude de ley, si cada uno se concertó mediante causa legal y ajustándose a lo dispuesto en su normativa reguladora. Sin embargo, este encadenamiento o sucesión de contratos no siempre es lícito y debemos distinguir entre, cuando la sucesión es legal y entre, cuando se incurre en fraude de ley.

La sucesión de contratos temporales ha sido una figura habitual, enmarcada dentro de la legalidad con tal que cada uno de los contratos sucesivamente celebrados respondiese a una causa de temporalidad real y cumpliese, caso a caso, para cada período o actividad, los requisitos de forma y duración impuestos por su norma reguladora<sup>91</sup>. Sin embargo, la promulgación de la ley 43/2006<sup>92</sup> y, en especial la nueva redacción del artículo 15.5 ET incluida en ella, supuso un nuevo límite a la sucesión de contratos<sup>93</sup>. Así puede verse en su redacción:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo, con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las*

---

<sup>91</sup> Esto no quiere decir que el encadenamiento de contratos fuese lícito en todas las ocasiones, pues la sucesión contractual podía conllevar fraude de ley por en su relación con el artículo 15.3 ET antes de la redacción dada al artículo 15.5 en 2006. Hasta la redacción de este artículo, la sucesión irregular de contratos afluía cuando se mostraba la irregularidad en uno de los contratos de la cadena.

<sup>92</sup> Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Boletín Oficial del Estado nº 12 de 30 de diciembre de 2006.

<sup>93</sup> Matorras Díaz-Caneja, Ana. “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, Aranzadi Social, número 18, 2007.

*mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.*

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

*Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos de relevo o de interinidad.*

Se establece aquí una nueva sanción para castigar conductas deplorables en la sucesión contractual que intentan vulnerar la contratación indefinida, mediante el uso del encadenamiento de varios contratos temporales. Las condiciones que se establecen afectan a los que en un plazo de 30 meses hubieran estado contratados durante 24, sin que se pueda alegar la falta de solución de continuidad para considerar que la relación contractual es nueva. Quedan incluidos en la cadena de contratación, por tanto, todos los contratos temporales realizados en ese periodo (los 30 meses) aunque no sean continuados y exista entre ellos un espacio de tiempo sin contrato o un contrato temporal no computable (por ejemplo un contrato de interinidad o de relevo), siendo, desde luego, en esta materia absolutamente inocua la duración de la solución de la continuidad siempre y cuando se cumplan los parámetros temporales previstos.

La cadena contractual, indica el artículo 15.5 ET debe realizarse en la misma empresa. El límite que evita abusos va dirigido a la empresa que los puede cometer, rotando al trabajador con empleo precario. Los contratos de trabajo se suscriben con las empresas de cada grupo ya que el artículo 1.2 de. ET no contempla los contratos con grupos empresariales. A partir de esta premisa, la exclusiva limitación en la rotación subjetiva en la misma empresa tiene el riesgo de un desplazamiento del trabajador entre empresas del mismo grupo empresarial o filiales controladas, suscribiendo contratos precarios con cada una de ellas sin alcanzar la duración del artículo 15.5 del ET, lo que puede eludir el efecto útil del precepto. Esta posible práctica, puede constituir un fraude



al límite legal que obligaría a la aplicación de la norma defraudada, siendo de utilidad al respecto la consolidada jurisprudencia del levantamiento del velo en los grupos de empresas que desenmascararía la real contratación precaria en cadena con una misma empresa. La circulación de trabajadores precarios dentro del grupo empresarial para eludir las consecuencias del artículo 15.5 del ET, puede ser también catalogada como una cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del ET con la consecuente adquisición de la condición de fijo del cedido en la empresa de su elección.

La cadena contractual debe ser, además de en la misma empresa, en el mismo puesto de trabajo. La noción de puesto de trabajo puede entenderse en cuanto al lugar de trabajo físico absorbiendo solo el puesto de trabajador en su puesto de trabajo, o en una dimensión funcional, abarcando las funciones propias del puesto dentro de la empresa, sea cual sea el centro donde se desempeñe. En la determinación de la prestación laboral, los artículos 22 y 39 del ET, descartan el concepto de puesto de trabajo y optan por la equiparación a grupos o categorías profesionales. En los contratos temporales existe tal equiparación, estando el trabajador adscrito a una categoría o grupo profesional o, en su caso, a un nivel retributivo, en el marco del convenio colectivo aplicable. Por tanto, en el binomio puesto de trabajo/clasificación profesional hay que clasificar el elemento objetivo del artículo 15.5 del ET. Si interpretáramos el artículo 15.5 asociando la categoría o el grupo profesional del trabajador al límite de la rotación precaria, este artículo garantizaría en mayor medida el fin de la norma, evitando abusos mediante la utilización de contratos temporales con un mismo trabajador en la empresa para prestar el mismo trabajo, aún formalmente en distinto puesto de trabajo<sup>94</sup>.

A pesar de que el legislador no haya definido exactamente qué se debe entender por puesto de trabajo, doctrinalmente se han defendido posturas muy variadas y profetizado toda clase de maniobras dirigidas a evitar el recurso a la alteración formal o aparente de la categoría profesional o a la movilidad funcional o geográfica llevando a cabo, de modo encubierto, mediante el traslado de trabajadores la asignación de un puesto de trabajo distinto.

Este artículo 15.5 ET resalta la importancia de la negociación colectiva para evitar un resquicio que aparece respecto de la redacción del primer párrafo de este

---

<sup>94</sup> Lahera Forteza, Jesús, “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en *La reforma laboral de 2006: Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

mismo artículo. Concretamente nos referimos al hecho de que un empresario recurra a diferentes trabajadores cada vez que realiza un contrato temporal desarrollando de este modo una actividad permanente, pero sin vulnerar la ley. La negociación colectiva es la que ha de fijar los límites a esta actividad que se nos antoja irregular, de ahí la importancia que va a tener, a partir de este momento, el análisis de los convenios colectivos para la resolución de los litigios en el ámbito laboral producidos a raíz de estas cuestiones.

De la interpretación del artículo 15.5 ET únicamente deben considerarse a los efectos descritos, los contratos de obra o servicio determinado y los contratos eventuales, tanto si la contratación se realizó directamente por la empresa o, de manera indirecta, mediante una subcontrata o empresa de trabajo temporal<sup>95</sup>.

Precisamente por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han cuestionado la posibilidad de prorrogar el contrato de obra o servicio habida cuenta de la propia definición que la jurisprudencia dio del mismo.

Si la obra es una cosa mensurable, concreta e identificable, cuando ésta termina, finaliza el contrato sin posibilidad de prórroga, de idéntica manera que el servicio, pues éste concluye cuando se realiza. Las prórrogas carecerían de sentido, al radicar precisamente su carácter temporal en la ejecución de un servicio o una obra concretos, finalizando la relación contractual con la terminación del objeto del contrato para cuya producción se pacta la dedicación del trabajador.

No obstante, sí sería posible la prórroga de la obra o servicio en aquellos supuestos en los que se ha señalado que resulta lícita la contratación en actividades de realización temporal intrínseca en las que el contrato se configure a término cierto, normalmente por razones presupuestarias y de financiación, lo que implica que en algunos casos, la prórroga sí resulte evidente. Quiere ello decir que, en ocasiones, la prórroga puede estar justificada en los supuestos en los que fijado un término cierto, llegado éste, la obra o servicio no ha concluido, por lo que la forma contractual explicitada en forma de prórroga no vicia el fondo de la relación laboral, cuyo objeto se perfecciona con la conclusión de la obra o servicio<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Sala Franco, Tomás; Pérez Infante, José Ignacio; López Terrada, Eva, *Las modalidades de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

<sup>96</sup> Nicolás Bernard, José Alberto. "El fraude de ley... cit. p. 21.

A tal efecto podemos observar cómo la jurisprudencia asegura que:

*Es importante indicar en primer lugar que el otorgamiento, sin práctica solución de continuidad, de plurales y sucesivos contratos temporales para la ejecución de obra o servicio determinado que relata la sentencia (hecho probado segundo) infringía nítidamente la exigencia esencial de tal suerte de vinculación en que consiste la identificación de la obra o servicio que constituya su objeto (artículo. 15.1 a) ET), puesto que sólo se especifican ejercicios económicos o temporadas, lo que determinaría que esos contratos se habrían formalizado en fraude de Ley , porque no obedecen a causa alguna de temporalidad. La doctrina del Tribunal Supremo afirma en sentencias de 21 de marzo de 2002, 5 de mayo de 2004 y 7 de noviembre de 2005 que “cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor del artículo 3.5 ET ; en definitiva, la indefinición así surgida permanece aunque se formalicen luego otro u otros contratos temporales , incluso aunque alguno de ellos, en si mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido; de modo que las sucesivas relaciones laborales, que en circunstancias normales no se hubieran intercomunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible por aplicación de los artículos 3.5 y 15.3 ET<sup>97</sup>”.*

### **2.6.2 Antecedentes**

Teniendo en cuenta la falta de regulación convencional limitativa y las series de contratos temporales, si todos los contratos de la cadena eran lícitos, no generaban nunca la condición de fijo, sin perjuicio de que, si un contrato fuese fraudulento, por aplicación del art. 15.3 ET, la relación se convertía en indefinida a partir del mismo,

---

<sup>97</sup> STJ de Castilla y León Valladolid de 8 de abril de 2009.

anulándose la cláusula de temporal incluida en los contratos que se hubieran celebrado posteriormente<sup>98</sup>.

Como regla general, el carácter fraudulento de un contrato arrastra a todas las contrataciones posteriores. El contrato fraudulento genera una situación de fijeza a la que el trabajador no puede renunciar, por lo que sucesivas contrataciones temporales no pueden perjudicar tal condición. No es posible, salvo supuestos excepcionales, limitar el análisis al único contrato celebrado cuando entre los sucesivos contratos no ha existido solución de continuidad, o esta ha sido inferior a veinte días salvo que se aprecie una esencial unidad del vínculo contractual.

Cabe citar al respecto la STSJ de Canarias de 21 de octubre de 2004 que expresa el criterio jurisprudencial seguido en la unificación de doctrina hasta la fecha: En un primer momento el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 1997 consideró que:

*Esta Sala de lo social del Tribunal Supremo ha precisado en sentencias recientes de unificación de doctrina ( TSJ de 20 de febrero de 1997, STS de 21 de febrero de 1997, STS de 25 de marzo de 1997 y STS de 5 de mayo de 1997 ) su posición sobre el alcance del control de legalidad que deben realizar los órganos de la jurisdicción social en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual. Tal doctrina unificada se puede resumir así: 1) si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos; 2) si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3) en aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido y 4) no obstante lo anterior, como se precisa en sentencia de unificación de doctrina de esta misma fecha, cabe el examen judicial de toda la serie*

---

<sup>98</sup> Cavas Martínez, Faustino. Contratación laboral sucesiva: problemas interpretativos. En: Aranzadi Social (Tribuna), número 6 de 2008. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008.

*contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acreditan una actuación empresarial en fraude de Ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral.”*

### **2.6.3 Los criterios del nuevo artículo 15.5 del ET**

Como ya hemos apuntado la redacción del artículo 15.5 pretende evitar los abusos más habituales en la contratación temporal y, a la vez, como el propio nombre de la Ley 43/2006 que lo desarrolla indica, reducir la precariedad del empleo y, por ende, mejorarlo.

En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana de 11 julio 2008 afirma que: “el artículo 15.5 ET, por la reforma operada en la Ley 43/2006, configuró un mecanismo automático de transformación de los contratos temporales enlazados en una sola relación laboral de carácter indefinido, siempre y cuando se cumplieran los requisitos de duración de los enlaces que el propio precepto establecía”. Esta conversión automática del contrato opera sin perjuicio, naturalmente, del reconocimiento por parte de la empresa, que puede aceptar voluntariamente la nueva condición del trabajador u obligar a éste a una reclamación en otro caso.

### **2.6.4 Cómputo del umbral temporal**

El cómputo del umbral temporal es un aspecto dentro del encadenamiento de contratos que ha suscitado algunas dudas interpretativas:

- Al formalizarse el primer contrato temporal de una serie se inicia el cómputo de ambos períodos (el de ocupación total y el de referencia); pero cada nuevo contrato de la serie abriría, a su vez, nuevos períodos (de referencia y de ocupación acumulada dentro del mismo) que se irían solapando a los anteriores<sup>99</sup>
- Tratándose de un ámbito de derecho privado, los meses de referencia han de contabilizarse conforme al art. 5.1 del CC, esto es, de fecha a fecha. Además,

---

<sup>99</sup> Cavas Martínez, Faustino... Cít. p. 66.

como es obvio que sólo puede computarse lo ya ocurrido, los 30 meses de referencia siempre se proyectan hacia el pasado, efectuándose un examen retrospectivo de la cadena.

- Las interrupciones cuya duración conjunta no supere los seis meses (durante los cuales el trabajador puede no haber prestado servicios, disfrutando, en su caso, de la correspondiente prestación por desempleo, o incluso haber trabajado para otra empresa) no impiden el cómputo de los 24 meses de ocupación.

## **3 Consecuencias de las irregularidades**

Una vez estudiadas las principales irregularidades que pueden producirse en la contratación temporal, vamos a pasar a analizar las consecuencias que esta mala praxis conlleva. Para ello, consideramos interesante especificar las consecuencias propias de las irregularidades y por otra parte, hacer hincapié en la distinción entre el carácter fijo e indefinido puesto que, como veremos, la condición de fijeza en la Administración únicamente se alcanza mediante un proceso selectivo en el que concurren los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como publicidad. Este último aspecto es de gran interés y es necesario matizarlo puesto que en el ámbito privado no existe la obligatoriedad de un proceso selectivo para la cobertura de plazas puesto que se rige por normas de Derecho privado mientras que la Administración persigue, ante todo, el interés general basándose en normas de Derecho público<sup>100</sup>.

Ya hemos apuntado que cuando la Administración recurre a la contratación laboral, se somete a las reglas del Derecho del Trabajo. Sin embargo esta afirmación no puede entenderse en sentido estricto porque entran en juego los artículos 103.3 y 23.2 CE. Estos artículos indican, respectivamente, que el acceso a la función pública debe efectuarse respetando los principios de mérito y capacidad, y que todos los ciudadanos han de poder acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos. Actualmente se entiende que estos principios son aplicables al personal de la Administración tanto si su relación es laboral como administrativa<sup>101</sup>. No obstante, aquí hay que hacer una diferenciación clara entre la situación funcional regida por el Estatuto Básico del

---

<sup>100</sup> León Cavero, Rafael Andrés; Bal Francés, Edmundo. “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi* número 296 de 1997. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1997.

<sup>101</sup> Altés, Juan Antonio. “Desajustes de la normativa laboral aplicada a la Administración Pública”, en Altés, Juan Antonio, *La contratación temporal en la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.



Empleado Público (EBEP)<sup>102</sup> y la laboral, regida por el ET, puesto que una de las características del personal funcionario es la fijeza que conlleva su relación contractual frente al carácter temporal, o a lo sumo indefinido, de los trabajadores laborales al servicio de la Administración. La diferenciación entre las normas que amparan a unos y otros trabajadores es, a juicio de la jurisprudencia actual, la única distinción existente entre funcionarios y laborales, y no las tareas que desempeñan<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial del Estado número 89 de 13 de abril de 2007.

<sup>103</sup> Sempere Navarro, Antonio V.; Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. “El personal laboral del sector público”. En: Aranzadi Social número 14 de 2007. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

### 3.1 La distinción entre trabajador fijo e indefinido

Como veremos en el próximo apartado, la consecuencia de algunas de las irregularidades anteriormente tratadas es la transformación de un contrato temporal en indefinido como elemento sancionador de estas irregularidades<sup>104</sup>, y es aplicable a las empresas privadas y a las Administraciones públicas. Sin embargo en el ámbito privado se ha desvirtuado la distinción entre fijo e indefinido considerándose equivalentes, el propio ET utiliza de forma indistinta ambos términos. En cambio, en el ámbito público esta equiparación no es posible puesto que, como ya hemos dicho, la fijeza a pesar de que la contratación laboral sea irregular, únicamente se alcanza mediante un proceso selectivo reglamentario en el que concurren los principios constitucionales de acceso a la función pública ya mencionados. Llegados a este punto procede analizar la jurisprudencia que nos permite definir estos conceptos de fijeza e indefinición.

Existen dos sentencias sobre las que se basa el criterio jurisprudencial de la distinción a la que nos referimos, estas son la STS de 20 de enero de 1998<sup>105</sup> y la STS de 21 de enero de 1998.

El criterio parte de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública<sup>106</sup>, sin embargo, esta Ley ha sido derogada parcialmente por la Ley 7/2007

---

<sup>104</sup> Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. “La contratación laboral temporal fraudulenta en las administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas”. En: Aranzadi Social paraf. 10 (Presentación) de 2004. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004. Y Sempere Navarro, Antonio V. La contratación laboral... Cít. pág. 36.

<sup>105</sup> Numerosa la jurisprudencia en este sentido: STS 19 de enero de 2009; STS de 12 mayo 2008; STS de 18 julio 2007; STS de 19 junio 2002;. STS de 29 noviembre 2000; STS de 18 octubre 1999; STS de 30 de marzo de 1999; STS de 26 enero 1999; STS de 19 enero 1999.; STS de 28 diciembre 1998; STS de 21 de enero de 1998. En el mismo sentido las de los Tribunales Superiores de Justicia: STSJ de Madrid, de 27 octubre de 2008; STSJ de Islas Canarias, de 24 junio de 2008; STSJ de Cantabria, de 3 abril. De 2008; STSJ de Cataluña de 10 diciembre de 2007; STSJ Andalucía, de 12 septiembre de 2007; STSJ de las Islas Canarias, de 31 mayo de 2007; .STSJ de Castilla-La Mancha, de 18 abril de 2007; STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 noviembre de 2006; STSJ de las Islas Canarias, de 4 mayo de 2006; STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 marzo de 2006; STSJ del País Vasco, de 14 febrero de 2006; STSJ de Cataluña, de 21 diciembre de 2005; STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 diciembre de 2005; STSJ de Cataluña, de 12 julio de 2005; STSJ de Aragón, de 29 junio de 2005; STSJ de Castilla y León, de 18 de abril de 2005.

Estatuto Básico del Empleado Público, de ahí que el criterio que utilicemos se refiera a esta última norma, pese a que las sentencias sean anteriores en el tiempo.

La STS de 20 de enero de 1998 recoge que: las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad<sup>107</sup>. Este precepto, resulta aplicable a todas Administraciones<sup>108</sup>, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la CE), entendida aquélla en sentido amplio (como empleo público) y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE). Por su parte, el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984, establece que con carácter general los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas han de desempeñarse por funcionarios con las únicas excepciones que menciona el párrafo segundo de este precepto: puestos no permanentes, actividades

---

<sup>106</sup> Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública. Boletín Oficial del Estado número 185 de 3 de agosto y rectificaciones en números 229 y 244 de 24 de septiembre y 11 de octubre de 1984.

<sup>107</sup> Este texto proviene del artículo 19 de la Ley 30/1984. La redacción actual se encuentra en el artículo 55 del EBEP: 1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases; b) Transparencia; c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) Adecuación entre el cometido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

<sup>108</sup> Tal y como establece el artículo 2 del EBEP, dando nueva redacción al artículo 1.3 de la Ley 30/1984.:

propias de oficios y de vigilancia y custodia, puestos de carácter instrumental en áreas específicas, los correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios con preparación específica y los puestos de trabajo en el extranjero.

Una vez que la STS de 20 de enero de 1998 explica cuál es el procedimiento reglamentario para la cobertura de plazas y obtención de la condición de trabajador fijo de plantilla, expone la imposibilidad de equiparar esta situación con la contratación realizada al margen de estos procedimientos, adquiriendo en su caso la condición de trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

De todo ello se deduce que las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial amparada bajo los principios constitucionales a los que antes nos hemos referido.

En el caso de las irregularidades en la contratación temporal por parte de la Administración, juegan normas de distintos ordenamientos (el laboral y el administrativo) que han de ser objeto de una interpretación integradora, aunque tengan principios inspiradores que puedan resultar distintos o incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, aprovechándose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. En cambio, el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Por ello, cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento, la consecuencia no puede ser la adquisición de la fijeza.

Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia. Así lo apreció también el Tribunal Constitucional en el Auto 858/1988, de 4 julio, que afirma

que “es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”.

Tras lo dicho hasta ahora ya se puede atisbar una distinción entre el carácter indefinido de los contratos y la fijeza de plantilla. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. Las irregularidades existentes en la contratación temporal, por tanto, no pueden determinar la declaración de fijeza en la plantilla.

## **3.2 Las consecuencias de las diferentes irregularidades en la Administración**

### **3.2.1 Consecuencias del fraude de ley**

“Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley<sup>109</sup>”.

Por tanto, los contratos temporales fraudulentos suscritos por la Administración, sea cual sea la causa que origina el fraude de ley, suponen que el trabajador queda contratado como indefinido, pero ello solo da derecho a ocupar la plaza para la que fue contratado hasta que ésta se provea de modo regular, en evitación de que se consolide una forma irregular de acceso al empleo público<sup>110</sup>. En todo caso, el cese del indefinido solo procederá si la cobertura de la plaza vacante que ocupaba el trabajador se produce de modo regular<sup>111</sup>, circunstancia que se produce con la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba el trabajador indefinido.

Debemos indicar también que el cese de los trabajadores indefinidos pero no fijos, por cobertura reglamentaria de la plaza, no precisa la aplicación de lo previsto en los artículos 52 o 53 del ET, tal y como han indicado repetidas sentencias<sup>112</sup>. A este respecto, la STS de 27 de mayo de 2002 estableció que la ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada por el trabajador en virtud de un contrato temporal declarado posteriormente indefinido, hace surgir una causa de extinción del contrato, subsumible en las enunciadas genéricamente por el artículo 49.1 b) del ET<sup>113</sup>, y equiparable, en sus efectos, a la de contratos de

---

<sup>109</sup> Artículo 15.3 del ET.

<sup>110</sup> STS de 5 de julio de 1999; STS de 18 de noviembre de 1998; y STS de 20 de enero de 1998.

<sup>111</sup> STS de 2 de junio de 2000.

<sup>112</sup> STS de 26 de junio de 2003 y STS de 27 de mayo de 2002.

<sup>113</sup> Artículo 49.1 del ET: El contrato de trabajo se extinguirá: (...) b) por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas, constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. A este respecto cabe citar la normativa de aplicación, en concreto el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, según el cual, la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la

interinidad por vacante, puesto que ambos se subordinan a la cobertura de una plaza. Lo que equivale a afirmar que la extinción por tal causa, como todas las encuadrables en el citado número, no precisa acudir al cauce de los despidos objetivos, ni genera derecho a indemnización<sup>114</sup> ni a salarios de tramitación para el trabajador.

No se precisa la aplicación de los artículos 52 y/o 53 del ET, relativos a la extinción del contrato por causas objetiva, y la forma y efectos de la extinción por causas objetivas, respectivamente, puesto que se reconoce la eficacia extintiva directa de la causa constituida por la ocupación del puesto de trabajo a través del procedimiento o sistema legal, que equipara a estos trabajadores temporalmente indefinidos con los interinos por vacante. No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.

También nos gustaría referirnos a la consecuencia que tiene para la Administración la suscripción de sucesivos contratos eventuales sin solución de continuidad para atender labores que tienen que ver con la actividad habitual de la empresa cuyo carácter excepcional es cíclico y previsible en el tiempo.

La STS de 21 de diciembre de 2006 que, en este caso, el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo. Lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea

---

ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo; o bien, la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto.

<sup>114</sup> Artículo 49.1 del ET: El contrato de trabajo se extinguirá: (...) c) por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio del contrato. A la finalización del contrato excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

por período limitado. En principio, por tanto, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo sea extraordinaria y resulte insuficiente el personal fijo (por ejemplo, para la elaboración del censo demográfico decenal del Instituto Nacional de Estadística: STS de 26 de diciembre de 2002 y STS 2 de noviembre de 2005) o resulte imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. En estas ocasiones, la insuficiencia de plantilla en el ámbito de las Administraciones Públicas puede actuar de modo equivalente a la acumulación de tareas, permitiendo la contratación temporal

Por el contrario, se permite la adopción de un contrato indefinido de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad (STS de 5 de julio de 1999 y STS de 4 de mayo de 2004) que los haga previsibles.

No obstante, debemos tener en cuenta, como ya hemos indicado, que la elección de una modalidad contractual errónea, no deviene en fraude de ley. En el caso de que alguno de los contratos temporales hubiera sido fraudulento, la consecuencia sería la de una indefinición de carácter discontinuo.

### **3.2.2 Consecuencias de las irregularidades formales**

“Deberán constar por escrito los contratos de trabajo (...) de no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios<sup>115</sup>”

Ahora bien, ni la falta de la forma escrita, ni el hecho de que todos o algunos de los contratos temporales no aparezcan formalizados en el modelo oficial, ni tan siquiera cualquier trasgresión puntual de alguno de los requisitos administrativamente exigidos por la normativa que en cada caso los autoriza, desvirtúa la naturaleza y alcance temporal del contrato<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Artículo 8.2 del ET. Véanse también los artículos 6.1 y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 y el artículo 22.1 del Real Decreto 488/1998.

<sup>116</sup> STS de 13 de diciembre de 1987.



Sólo los incumplimientos especialmente cualificados de las normas laborales de contratación temporal pueden determinar el reconocimiento como indefinida de una relación laboral. La indefinición contractual solo podría producirse por otras causas como la existencia de un fraude de ley, que no debe ser confundido con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito<sup>117</sup>.

### **3.2.3 Consecuencias de la falta de alta en la Seguridad Social**

“Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el periodo de prueba (...)”<sup>118</sup>

Ha de tenerse en cuenta el periodo de prueba establecido en el ET para las diferentes modalidades contractuales pues, en el caso de que el alta en la Seguridad Social se produjera durante el transcurso de este periodo, no se vulneraría el artículo 15.2 del ET, así lo afirma la STSJ de Castilla La-Mancha de 19 de octubre de 2004.

Como se ha argumentado, la consecuencia que el ET aduce para esta irregularidad (“adquirirán la condición de trabajadores fijos”), en el ámbito de la Administración, esta fijeza ha de entenderse como un contrato indefinido hasta la cobertura reglamentaria de la plaza cubierta por el trabajador.

### **3.2.4 Consecuencias de las irregularidades en la denuncia**

“Los contratos de duración determinada que tengan establecido un plazo máximo de duración (...) se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se

---

<sup>117</sup> STS 2ª de 21 de diciembre de 2006

<sup>118</sup> Artículo 15.2 del ET. Véase también el artículo 9.2 del Real Decreto 2720/1998.

considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación<sup>119</sup>”.

Se establece en este caso una presunción de indefinición iuris tantum, en tanto en cuanto se contempla la posibilidad de que se acredite la naturaleza temporal de la prestación, como indica el ET.

Como indica la STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2003, los contratos de trabajo temporales se extinguen por vencimiento del término convenido, bastando para ello con que una de las partes denuncie su finalización: esto es, comunique a la otra que el contrato se extingue. Denuncia que, en el caso de que la haga el empresario, no constituye un despido y, por tanto, no es exigible que se haga con las formalidades requeridas para éste: por escrito, en el que se deje constancia de la fecha de efectos y hechos que lo justifican. La denuncia se debe entender válida, tanto si se produce de manera verbal o escrita, siempre que se manifieste de manera expresa, clara y precisa<sup>120</sup>.

No debe ser confundida la causa de extinción del contrato de trabajo consistente en despido, prevista en el artículo 49.1 k) del ET, con la de finalización del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato, prevista en el apartado 1 c) del mismo artículo. Otra cuestión distinta, que no afecta a la forma, es la consecuencia prevista en el artículo 49.a c) del ET, que se pueda derivar de la inobservancia del preaviso, lo que no produce efectos anulatorios, sino que tal incumplimiento genera, en los casos previstos en la norma, la indemnización equivalente a los salarios correspondientes al período al que el mismo se refiere.

### **3.2.5 Consecuencias de la cesión ilegal**

“Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria<sup>121</sup>”.

El artículo 43 del ET analiza el supuesto de las contrataciones hechas con el fin de ceder temporalmente a los trabajadores a otra empresa, en la modalidad lícita se

---

<sup>119</sup> Artículo 49.1 c) del ET. Véanse también el artículo 8.2.2º del Real Decreto 2720/1998 y el artículo 2.1 del Real Decreto 488/1998.

<sup>120</sup> STS 21 de septiembre de 1988.

<sup>121</sup> Artículo 43. 4 del ET.

encuentra la efectuada por empresas de trabajo temporal con la debida autorización y en la modalidad ilícita, las restantes, mostrando una primera contratación de la cedente con el trabajador, que puede ser temporal o indefinida (aunque lo primero suele ser lo habitual) con la consecuencia de que los trabajadores cedidos tienen derecho a adquirir la condición de fijos a su elección en la empresa cedente o cesionaria, siendo los derechos en esta última los que, en condiciones ordinarias, corresponden a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal<sup>122</sup>.

Por tanto, vemos que el derecho más trascendental que confiere la norma estatutaria al trabajador cedido es la condición de fijo, y además que la fijeza pueda adquirirse en la empresa cedente o en la cesionaria. Sin embargo, las consecuencias de la cesión ilegal cuando concurre la naturaleza pública de la empresa cedente o de la cesionaria, no pueden ser la declaración de fijeza, como ya hemos explicado.

### **3.2.6 Consecuencias del encadenamiento irregular de contratos**

“(…) Los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo, con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos<sup>123</sup>”.

La superación de la duración máxima de un contrato eventual mediante sucesivas prórrogas convierte dicha contratación temporal en fraudulenta y el cese en un despido improcedente. Ya se ha mencionado que las consecuencias de la realización de un contrato en fraude de ley conlleva la indefinición iuris et de iure de la relación contractual.

La suscripción de un segundo contrato válido no subsana el vicio de nulidad de los contratos precedentes. A este respecto cabe citar la STS de 20 de febrero de 1997, dictada en proceso en reclamación de declaración de naturaleza indefinida del contrato.

---

<sup>122</sup> STS de 19 de junio de 2002.

<sup>123</sup> Artículo 15.5 del ET.

Había existido una sucesión de contrato de fomento de empleo que rebasaba los límites de duración establecidos y a su terminación se había suscrito un nuevo contrato temporal. Se declaró entonces que la suscripción de un contrato temporal inválido como tal por cualquier causa, implica el carácter indefinido de la relación laboral, consecuencia que no se desvirtúa por aparentes novaciones contractuales<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Otra sentencia relacionada es la STS de 24 de abril de 2006.

# **Conclusiones**

1 Hemos observado que la línea que separa el fraude de ley de otras irregularidades contractuales, es a veces muy difusa, por lo que no siempre se ve a simple vista y es necesario analizar cada caso en concreto. Es por ello inabarcable la realización de un listado detallado de todos los supuestos que devienen en fraude de ley ya que esta declaración depende del caso analizado. Uno de los ejemplos más claros de ello, es el caso de que en un contrato no se especifique con claridad la causa de la temporalidad. Hemos visto sentencias que declaraban tal supuesto en fraude de ley y otras en el sentido contrario indicaban que se trataba de meras irregularidades.

2 Podemos dividir las presunciones en dos sentidos. De un lado las presunciones de indefinición iuris et de iure, que en la contratación laboral temporal irregular persiguen la sanción de una conducta, intencionada o no, que pretendía la cobertura de puestos de trabajo de carácter indefinido y que coinciden con los contratos celebrados en fraude de ley. Y de otro lado, la indefinición iuris tantum, que admite prueba en contrario aplicable a los casos en que concurren meras irregularidades formales o descuidos justificados por parte del empresario o de la Administración.

3 Los conceptos de trabajador fijo y trabajador indefinido, actúan como sinónimos en el ámbito de las sanciones derivadas de la contratación laboral temporal irregular en el ámbito privado. Sin embargo, no ocurre igual en las Administraciones Públicas. En ellas, la fijeza solo se alcanza tras la realización de un proceso selectivo en el que concurren los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; mientras que los trabajadores indefinidos de la Administración, lo son en tanto en cuanto no se cubra reglamentariamente, por el proceso anterior, la plaza que ocupan.

# **Bibliografía**

Altés, Juan Antonio. “Desajustes de la normativa laboral aplicada a la Administración Pública”, en Altés, Juan Antonio, *La contratación temporal en la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Camps Ruiz, L. “El contrato de Trabajo”, en VV.AA. *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

Cavas Martínez, Faustino, “Contratación laboral sucesiva: problemas interpretativos”, *Aranzadi Social*, número 6, 2008.

García Ross, Amador, “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro: Su análisis jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, número 1, 2009.

García-Moreno Gonzalo, José M<sup>a</sup>. “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales: Tipología y régimen jurídico básico”, en Pedrajas Moreno, Abdón, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Lahera Forteza, Jesús, “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en *La reforma laboral de 2006: Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid 2006.

León Cavero, Rafael Andrés; Bal Francés, Edmundo, “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 296, 1997.

Lluch Corell, Francisco Javier, “Contratación laboral temporal por la Administración Pública”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, número 14, 2005.



Martín Jiménez, Rodrigo, “Contratación para el fomento del empleo”, en Sempere Navarro, Antonio V. (dir.) y Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), *Los contratos de trabajo temporales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004

Matorras Díaz-Caneja, Ana, “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, en *Aranzadi Social*, número 18, 2007.

Mercader Uguina, Jesús R. “La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida”, en Cruz Villalón, Jesús, *La reforma laboral de 2006: Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

Moreno Gené, Josep, “El contrato para la realización de un proyecto específico de investigación” *Aranzadi Social*, nº 21, 2004.

Moreno González-Aller, Ignacio. “Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores”, *Aranzadi Social*, número 20, 2008.

Nicolás Bernard, José Alberto, *El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, Cuadernos de Aranzadi Social, número 32, 2008

Nicolás Bernard, José Alberto. “La contratación laboral temporal irregular en la administración pública: evolución jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, número 2, 2000.

Pedrajas Moreno, Abdón. “La cesión ilegal de trabajadores”, en Pedrajas Moreno, Abdón, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda, “La contratación laboral temporal fraudulenta en las administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas”, en *Aranzadi Social*, 2004.

Rodríguez Ramos, M.J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.

Sala Franco, Tomás; Pérez Infante, José Ignacio; López Terrada, Eva, *Las modalidades de la contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Sancristóbal Villanueva, Juan Manuel, “Contratos temporales”, en *Enciclopedia Jurídica La Ley*, 2008.

Sempere Navarro, Antonio V y Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda, *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor. Navarra, 2003.

Sempere Navarro, Antonio V. “Contrato para obra o servicio determinado: Contratación como fijo de obra para varias edificaciones indeterminadas”. En Sempere Navarro, Antonio V, *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Sempere Navarro, Antonio V. “La cobertura de vacantes por medio de contratos eventuales y sus problemas”, *Aranzadi Social*, 1997.

Sempere Navarro, Antonio V. y Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. “El personal laboral del sector público”, *Aranzadi Social*, número 14, 2007.

Zamarra Álvarez, Carmen María, “Presunción iuris et de iure”, en *Enciclopedia Jurídica La Ley*, 2008.