

**COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
TEMPORARY WORK AND FIXED-TERM CONTRACTS**

Abstract

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 1/2014 de IUSLabor ha estado dedicado a la contratación temporal e incorpora artículos, elaborados por académicos y profesionales de prestigio, de la regulación en materia de contratación temporal en, además de España, Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Reino Unido, Colombia, Perú, Uruguay y Estados Unidos.

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 1/2014 of IUSLabor is dedicated to temporary work and fixed-term employment contracts. Elaborated by internationally renowned academics and professionals, this issue's CLLD includes the regulation of temporary contracts in, aside from Spain, Belgium, France, Italy, Germany, United Kingdom, Colombia, Peru, Uruguay and the United States.

Título: Contratación temporal y contratos temporales

Palabras clave: contratación temporal, contrato temporal, ETT.

Keywords: temporary work, fixed-term contracts, Temporary Employment Agencies.

Summary

- 1. Fixed-term employment contracts in Belgium, by Pieter Pecinovsky and Piet Van den Bergh**
- 2. Contrats à durée déterminée en France, pour Ylias Ferkane, Laurène Joly et Nathalie Mihman**
- 3. Contratación temporal en Alemania, por Javier Molina Vega y Gregor Erlebach**
- 4. Lavoro a tempo determinato in Italia, di Mirko Altimari**
- 5. Fixed-term employment contracts in Luxembourg, by Christian Deprez**
- 6. Fixed-term employment contracts in Spain, by Manel Luque and Anna Ginès**
- 7. Fixed-term employment contracts in the United Kingdom, by Roger M Walden**
- 8. Contratación temporal en Colombia, por Karina De la Rosa Torralvo**
- 9. Contratación temporal en Perú, por Martín Carrillo Calle**
- 10. Contratación temporal en Uruguay, por Mario Garmendia Arigón**
- 11. Fixed-term employment contracts in the United States, by Thomas C. Kohler**

FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS IN BELGIUM

Pieter Pecinovsky, PhD researcher

Piet Van den Bergh, Researcher

Institute of Labour Law, University of Leuven (KU Leuven)

Introduction

Temporary work and especially agency work is quite a popular tool for Belgian employers and companies. In 2011 there were 547.259 temporary agency workers, which were placed by 1.356 temporary work agencies. So more than 12% of the active population was a temporary agency worker, which seems to be quite a lot. However less than 100.000 persons worked more than 65 days of the year (which entitle them a right on an end of the year bonus) as a temporary agency worker.

Although it is not allowed to discriminate temporary workers and the law tries to protect them at a decent level, their situation is often not ideal, since most contracts have very short terms of only one week, which are renewed or prolonged after every week, giving the temporary worker very little job stability.

1. Is it possible to subscribe temporary employment contracts in Belgium? What is the principle that governs temporary work?

It is possible to subscribe temporary employment contracts in Belgium. However the use of this type of employment is restricted by legislation in order to give the temporary worker an adequate protection and to protect the jobs of permanent workers. On one hand, the lawmakers want to grant the positive flexibility of temporary work to employers, but on the other hand they are afraid to be blamed to allow comfortable permanent jobs being massively replaced by insecure temporary ones.

2. Which temporary employment contracts exist in Belgium? In which cases can these temporary employment contracts be used and what is their legal regulation?

Temporary work is regulated by the Act of 24 July 1987. In this act, it is provided that temporary work can be carried out either in a direct relationship between employee and employer, or in the context of a triangular relationship involving a temporary work agency, a temporary worker, and a user. In practice, it is only this later form, agency work, that temporary work is used.

Temporary work can only be performed for well-defined specific reasons or motives, which are laid down by the Act of 24 July 1987, and which have to be present at the level of the user enterprise. These are:

- Replacement of a permanent employee;
- Responding to a temporary increase of the workload;
- Performing of exceptional work;
- Recruitment of the temporary worker.

As a rule, fixed term contracts are used. Replacement contracts for the period during which the replaced person is absent, and contracts for a well-defined work are the other contractual forms under which temporary work can be carried out (cf. article 2 Law of 24 July 1987 on Temporary Work).

The Belgian legislation makes a clear distinction between regular fixed-duration contracts on the one hand, and temporary work, mainly via temporary work agencies, on the other hand. An employer is only allowed to conclude up to 4 fixed-duration contracts with an employee, for a total duration of maximum 2 years, whereby each contract must cover a period of minimum 3 months. With prior consent of the labour inspection, successive fixed-duration contracts of minimum 6 months each can be concluded for up to three years. When a fixed-duration contract is concluded in breach of these rules, the contract is considered to be open ended.

Temporary contracts including temporary agency work contracts on the other hand, can only be concluded to carry out temporary work. Temporary work is defined as the activity of:

- Replacing a permanent employee;
- Responding to a temporary increase of the workload;
- Performing an exceptional work;
- Having a temporary agency worker working for a period of maximum 6 months, after which the worker may be hired directly by the user. Hence, temporary agency work is used as a means of recruitment.

Beyond these activities, temporary work is not permitted (cf. articles 1 and 1bis Law of 24 July 1987 on Temporary Work).

Within the limits of these activities, the use of successive fixed-term contracts is in principle allowed without limitation, with one exception: the use of successive daily contract is only allowed if the user can prove the need for the use of successive daily contracts (cf. article art. 8bis Law of 24 July 1987).

The regulation of the duration and conditions is more detailed regulated by Collective Agreement n° 108 of 16 July 2013, mostly when it seems necessary to protect the jobs of permanent workers.

In case the temporary worker is recruited to replace a permanent worker whose contract is ended, the maximum duration of the temporary employment contract depends on the way the permanent worker's employment contract has ended. If it the contract was ended with a term of notice, the maximum duration is three months (starting from the end of the contract). If the contract has ended because the permanent worker has been dismissed with urgent cause, the maximum duration is six months. If the contract has ended on another way, the maximum duration is three months, but it can be prolonged with three months.

The user who wants to recruit a temporary worker, has to ask on forehand permission of the union delegates or worker representatives. If the contract is terminated on another way than dismissal with a term of notice or with urgent cause the permission is not needed. However in this case the permission is still needed to prolong the duration.

When the temporary worker is recruited via a temporary work agency (agency work) the maximum duration of temporary work as replacement of a permanent worker whose contract was ended, is in all cases six months, which can be prolonged with six months. Also in this case anticipatory permission of union delegates or worker representatives is needed (also for the prolongation). Only when the contract of the permanent worker who is replaced by an agency worker did not end via dismissal with a term of notice or with urgent cause, the permission is not necessary (but it is when the user wants to prolong the agency work).

In case the temporary worker is recruited because of a temporary increase of workload, the user also has to ask on forehand permission to the union delegates or worker preventatives. If they agree, this permission is valid for the maximum duration of one month. The permission is without limit renewable, each time for one month.

In case of agency work, anticipatory permission is necessary, but in this case it can be valid for more than one month. After twelve months, the agency contract is extendable with a maximum of six months, after permission of a special commission of good services.

In case the temporary worker is recruited for a specific (exceptional) work (these exceptional works are listed in collective agreement n° 108), the maximum duration is six months, prolongation is possible till 12 months. Anticipatory permission of the

union delegates or worker representatives is needed, except for certain services. For agency work, basically the same rules are applicable.

In case the temporary worker is recruited as a trial worker for permanent recruitment, the minimum duration is one week and the maximum duration is six months. For every single post, the user can't make use of different temporary workers for a period that exceeds nine months.

There is no maximum on the number of temporary workers a company can employ. Some companies even have more temporary workers than fixed workers and even companies with only temporary workers exist. However this last category of companies can only use the motive of a temporary increase of workload or for a specific or exceptional work.

3. Does the legal regulation in Belgium recognize temporary workers a preferential right to occupy a permanent job in the company?

There is no preferential right for a temporary worker to occupy a permanent job in Belgian legislation, even if the motive for the use of temporary work is recruitment. The company is however obliged to inform temporary agency workers of existing job vacancies in the company (art. 20bis Law on Temporary Work). This obligation was part of the implementation of the EU Directive on Temporary Work of 2008. At the time (2012), the trade unions also tried to obtain a preferential right, but this effort failed. Furthermore, the existing preferential right for part time workers does not seem to produce remarkable results, so one can doubt the efficiency of such preferential right for temporary workers.

4. Does the legal system in Belgium allow differences in the working conditions of permanent and temporary workers? Does the reality in the labor market fulfill this regulation?

The principle of non-discrimination and equal treatment is a central principle of the Law on Temporary Work. This principle has existed already long before EU Directive 2008/104 was adopted. Article 10 of the Law on Temporary Work states that the salary of the temporary agency worker is not to be less than what his salary would have been if he would have been hired directly by the user as a permanent worker, and this under the same circumstances. Article 11 of the same law also grants the temporary worker the right to make use of the same services of the company, during the period of his employment, as are granted to permanent workers, like the company restaurant, the company kindergarten, transportation facilities etc.

In principle there are thus no differences in working conditions allowed. However cause of the short term nature of temporary work, it is hard for temporary workers to get advantages like end of the year bonuses, which are normal for permanent workers. In practice the adequacy of some measures could be questioned. Temporary workers, for instance, have a right to parental leave as other workers, though no special rules exist to guarantee a new contract will be given after a temporary worker applied for parental leave.

5. What is the role of Temporary Employment Agencies in regard to temporary work?

Temporary Employment Agencies play a significant role in Belgium as in practice, almost all temporary work is agency work. In Belgium, they are seen as the actual employers of the temporary workers. The companies that make use of the agency workers are called the “users” and are thus not the juridical employers. So the temporary worker has only an employment contract with the agency office and he is only bound to the user via the contract that the agency office concluded with the use, which could be seen as some sort of hire contract. This means that the Agency offices have to fulfill the employer obligations like paying the social security contributions and the wages. However, as in practice the temporary workers have to follow the instructions of the users, the instruction power is delegated to the user. As follows, the agency offices are the juridical employers, but the users are the employers in practice. This inter alia includes the obligation for the user to make sure all rules about safety and health are followed.

Belgium counted in the third quarter of 2013 some 7.252.000 persons with an employable age (18-64), of them 431.000 are jobless and 2.302.000 are inactive, so there remain 4.518.000 active persons. In 2011 (with basically the same amount of active persons), there were 547.259 temporary agency workers, which were placed by 1.356 temporary work agencies. So more than 12% of the active population was a temporary agency worker (for at least one day), which seems to be quite a lot. But, as seen above, only less than 100.000 persons worked more than 65 days as a temporary worker in 2011 (data of Federgon and Statbel).

6. Which is the legal regulation regarding the expiry of temporary employment contracts? Specifically, does the legal regulation recognize compensations to workers for the expiry of the temporary employment contract?

Temporary work in Belgium is normally an employment contract with a fixed term (unless in case of a recruitment for a specific work). The contracts thus expire at the end

of that term (or when the specific work is done). The expiry is not to be seen as a unilateral dismissal by the company, but as a mutually agreed ending, and thus there is no compensation. However, if the strict formal rules of the Act on Temporary Work or Collective agreement n° 108 are not followed, by example the contract is not in written form, the fixed term contract often will be reclassified as a permanent employment contract. In this case an “expiry” of the contract will be seen as a unilateral dismissal, and a normal right on compensation shall be granted to the temporary worker (who became a permanent worker cause of the requalification).

Naturally there is also a right on compensation for the temporary worker when the company ends the contract before the expiry of the fixed term.

7. Which consequences arise from the breach of the legal regulation of temporary employment contracts?

Temporary employment contracts and especially agency employment contracts are quite strictly regulated. First a legal motive is needed (see question 2). Second the (agency) employment contract needs to be in written form and mention some mandatory information like, the name of the worker, the place of the work, the motive and many more. Third there are other formal obligations, like in some cases respecting the maximum duration or asking anticipatory permission to union delegates or worker representatives. When permission is not granted, the temporary work will simply not be allowed. In case of breach of most other regulatory norms, the temporary employment contract will be reclassified as a permanent employment contract, with the consequence that the company cannot end the contract at the end of the fixed term, unless if it gives the worker a term of notice or equal compensation. To conclude, in theory, the sanction in most cases is that the temporary worker becomes a better protected permanent worker. In practice however, companies refuse to give contracts to temporary workers who complain that their contract is not conform the formal rules. In theory the temporary workers can subsequently ask the labour court for a compensation for the breach of contract, but these court actions are very rare. Furthermore the courts reason that a temporary worker who didn't keep on working, but who ask a compensation for the breach of contract, are themselves the reason for the non-execution of the permanent employment contract.

8. Does the legal regulation of temporary employment contracts include provisions designed to prevent fraud on temporary work?

In view of protecting the temporary worker as an employee under employment law, there is a legal presumption that a temporary worker is an employee of the temporary

work agency. This is a presumption *juris et de jure*, which means that it cannot be refuted (article 8 Act of 24 July 1987).

Article 7, 3° of the Act of 24 July 1987 provides that "the temporary employee is an employee who enters into a contract of employment with a temporary work agency to perform, for remuneration, work as permitted by this Law to the benefit of one or more users".

Also the sanction to reclassify the temporary worker as a permanent worker in case the employer does not follow the regulations (see question 7) could be seen as a very important incentive.

Third, hiring temporary agency workers is prohibited in case of strike (article 19 collective agreement n° 108), so the company cannot ignore their striking permanent workers by hiring temporary replacements, as this would make collective action of workers powerless and redundant.

Lastly, following article 35 of the Act, all breaches of norms of the Act of 24 July 1987 are made subject of possible criminal persecution, and the social inspection is given certain competences to investigate these breaches.

9. What is the role of collective bargaining in Belgium in regard to temporary employment contracts?

As collective agreements are the result of collective bargaining it is thus possible to restrict or even to prohibit temporary work in a sector. The use of temporary has been traditionally been prohibited in some particular sectors of the industry, like in the construction sector and the removal companies. As far as the construction sector is concerned, collective agreement n° 36 quaterdecies of 19 December 2001 made temporary work available in this sector. The social partners of the joint committee for the transport sector however, expressed in the light of article 4 of Directive 2008/104 the view that the prohibition of temporary work in the removal companies is justified on the grounds of health and safety at work and the functioning of the labour market.

While the core of the prerequisites for the use of temporary work and the basic working conditions are set by the Law of 24 July 1987, more detailed rules are currently laid down by the National Labour Council in collective agreement n° 108 of 16 July 2013, including the procedures that have to be followed by the user company (e.g. agreement of the workers representation) and the duration of temporary work.

Collective labour agreements concluded in the joint committee n° 322 for temporary agency work are, just as any other joint committee established at the level of the sector, competent to establish wages and working conditions for temporary workers. Such collective agreements establish e.g. the right for a 13th month for temporary agency workers having worked at least 65 days during the period of a year (cf. Collective Labour Agreement of 5 December 2013 establishing a 13th month for temporary agency workers; <http://www.emploi.belgique.be> > Concertation sociale > CCT).

10. Other relevant aspects regarding temporary employment contracts [optional]

Temporary (agency) workers are always free to alter their relationship and to conclude an employment contract with the user. According to the Law of 1987, clauses in the employment contract prohibiting the hiring of a temporary agency worker by the user, are considered to be null and void. This is an obvious indication of the wish of the Belgian lawmaker to promote permanent work as a better and more secure endpoint of temporary work.

CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE EN FRANCE

Ylias Ferkane, Laurène Joly et Nathalie Mihman (coordinatrice)¹
Université Paris Ouest, IRERP

Introduction

Malgré une augmentation du recours à des contrats dont la durée est déterminée, la norme d'emploi est toujours le contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet. En effet, deux séries de données doivent être distinguées : l'une relative au taux de rotation de la main d'œuvre (taux d'entrée et de sortie) et l'autre à la part des contrats dont la durée est déterminée dans l'emploi total. Ainsi, bien que les trois quarts des embauches soient réalisés par le biais d'un contrat dont la durée est déterminée, la part des contrats à durée déterminée (CDD), de l'intérim, des contrats aidés et de l'apprentissage dans l'emploi total continue à être minoritaire.² Une hausse de ces formes d'emploi est cependant observable depuis trente ans, particulièrement dans la population des 15-24 ans. Il ressort des enquêtes de l'Insee (Institut national de la statistique et des études économiques) que leur part a doublé de 1982 à 2012, en passant de 5 % à 12 % de l'emploi total : chez les 15-24 ans, cette part constitue désormais près de la moitié des emplois occupés.³ Précisons que le pourcentage des salariés intérimaires, après avoir fortement augmenté jusqu'aux années 2000, est depuis lors constant. L'accroissement de la part des contrats dont le terme est déterminé s'explique plutôt ces dernières années par un accroissement du recours à l'apprentissage.

1. Est-il possible de conclure un contrat à durée déterminée en France? Quelle est la règle générale qui gouverne la conclusion des contrats à durée déterminée?

La loi prévoit expressément la possibilité de recourir aux CDD et aux contrats de mission (le contrat de travail temporaire dit « contrat de mission » est le contrat de travail qui lie l'entreprise de travail temporaire (ETT) et le salarié qu'elle met à

¹ Nous remercions le Professeur Jérôme Porta de l'Université Montesquieu-Bordeaux pour sa relecture et ses précieux conseils.

² L'«interim» ou le «travail intérimaire» sont les termes communément admis pour parler du travail temporaire. Le salarié qui conclut avec l'entreprise de travail temporaire un contrat de travail est dit « travailleur intérimaire » ou « intérimaire ».

Le contrat d'apprentissage s'adresse aux 16-25 ans : dans ce cadre, il leur est donné une formation théorique et pratique aux fins de l'obtention d'une qualification professionnelle, sanctionnée par un diplôme. Les dispositions de son régime qui ne seront pas détaillées dans le présent questionnaire se trouvent aux articles L. 6221-1 CT et suivants.

³ Ces données peuvent être consultées à l'adresse suivante : www.insee.fr.

disposition auprès d'entreprises bénéficiaires, dites utilisatrices. Il est conclu pour la durée de la mission. Un nouveau contrat doit être établi pour chaque nouvelle mission⁴).

Le code du travail (CT) pose toutefois une interdiction générale : le CDD ou le contrat de mission ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.⁵

Outre cette interdiction générale, la loi prévoit des cas où la conclusion d'un CDD ou d'un contrat de mission est interdite :

- Pour remplacer un salarié gréviste.⁶
- Pour pourvoir le poste d'un salarié licencié pour motif économique, cela pendant les six mois qui suivent le licenciement.⁷
- Pour exécuter « certains travaux particulièrement dangereux ». ⁸

2. Quels types de CDD existent-ils en France? Dans quels cas est-il possible de recourir à ces contrats et quel est leur régime juridique?

Un CDD ou un contrat de mission ne peut être conclu que pour un seul motif. Les cas de recours autorisés par la loi sont les suivants :

1) Le remplacement d'un salarié absent⁹

La conclusion du contrat permet le remplacement d'un seul salarié. Il ne peut pas être conclu pour remplacer plusieurs salariés absents, que ce soit simultanément ou successivement.¹⁰

Ce remplacement peut intervenir lorsque :

- Un salarié est absent de l'entreprise (ex : en congé maladie). La durée maximale du contrat conclu pour un tel motif est de 18 mois, renouvellement compris. Un tel contrat peut être conclu avec un terme incertain mais, dans ce cas, il doit comprendre une durée minimale.

⁴ Les dispositions relatives aux CDD ne sont pas applicables aux contrats de mission (art. L. 1241-1 CT). Malgré cette exclusion, il convient d'observer que les dispositions applicables aux CDD et aux contrats de mission, au delà de quelques spécificités propres à chaque catégorie de contrat, sont très similaires.

⁵ Art. L.1242-1 et L.1251-5 CT

⁶ Art. L.1242-6, 1° et L.1251-10, 1° CT

⁷ Art. L.1242-5 CT et L.1251-9 CT

⁸ Art. L.1242-6, 2° et L.1251-10, 2° CT

⁹ Art. L.1242-2, 1°, 4°, 5° et L.1251-6, 1° CT

¹⁰ Soc. 18 janvier 2012, n° 10-16.926

- Le départ définitif d'un salarié en CDI précède la suppression de son poste. La durée maximale du contrat est de 24 mois, renouvellement compris. L'employeur doit, préalablement à l'embauche du salarié, consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel.
- Un salarié est recruté en CDI dans l'attente de son entrée en service (lorsque le salarié recruté en CDI n'est pas immédiatement disponible, par exemple s'il doit effectuer un préavis chez un autre employeur). La durée du contrat ne peut pas être supérieure à 9 mois.

2) L'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise¹¹

Toute entreprise peut conclure un CDD ou un contrat de mission afin de faire face à un accroissement temporaire d'activité. Cette situation vise les hypothèses suivantes :

- L'augmentation temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise. La durée maximale est de 18 mois, renouvellement compris ;
- La survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation. La durée maximale est de 24 mois, renouvellement compris ;
- L'exécution d'une tâche occasionnelle précise n'entrant pas dans le cadre de l'activité habituelle de l'entreprise (ex : le lancement d'une nouvelle activité). La durée maximale est de 18 mois, renouvellement compris ;
- L'exécution de travaux urgents liés à des mesures de sécurité. La durée maximale est de 9 mois.

3) Les emplois à caractère saisonnier¹²

Le recours au CDD ou au contrat de mission est possible pour l'exécution de travaux qui sont appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction des rythmes des saisons ou des modes de vie collectifs et qui sont effectués pour le compte d'entreprises dont l'activité connaît les mêmes variations (ex : des travaux agricoles).¹³ La durée maximale est de 18 mois, renouvellement compris.

4) Les emplois d'usage¹⁴

Dans certains secteurs d'activités (hôtellerie, sport professionnel, etc.), il est d'usage constant de recourir aux contrats précaires en raison de la nature de l'activité de

¹¹ Art. L.1242-2, 2° et L.1251-6, 2° CT

¹² Art. L.1242-2, 3° et L.1251-6, 3° CT

¹³ Soc. 12 octobre 1999, n° 97-40.915 ; Soc. 5 décembre 2007, n° 06-41.313

¹⁴ Art. L.1242-2, 3° et L.1251-6, 3° CT

l'entreprise et du caractère par nature temporaire de l'emploi concerné. Les secteurs d'activités concernés sont énumérés à l'article D. 1242-1 CT.

Le recours au CDD peut être encouragé dans le cadre de la politique de l'emploi.

Le CDD senior est ainsi destiné à favoriser l'emploi des personnes âgées de plus de 57 ans inscrites comme demandeur d'emploi. Il a une durée maximale de 18 mois et peut être renouvelé une fois pour une durée globale ne pouvant excéder 36 mois.

Le dispositif du CDD à objet défini a été créé en 2008.¹⁵ Ce dispositif, prévu à titre expérimental pour une durée de 5 ans, a été prolongé jusqu'au 27 juin 2014.¹⁶ Le contrat vise la réalisation d'un objet défini d'une durée comprise entre 18 mois et 36 mois. Il permet le recrutement d'ingénieurs et de cadres mais ne peut pas être renouvelé. Le recours à ce type de contrat est subordonné à la conclusion d'un accord de branche étendu ou, à défaut, d'un accord d'entreprise.

3. La législation française reconnaît-elle un droit préférentiel aux salariés en CDD pour occuper un emploi permanent dans l'entreprise?

Les salariés titulaires d'un CDD ne bénéficient pas d'une priorité pour l'attribution d'un emploi en CDI dans l'entreprise. Toutefois certains accords collectifs peuvent prévoir l'obligation pour l'employeur d'informer les salariés en CDD et les intérimaires de sa volonté de recruter en interne.

Il existe une exception : l'accord collectif permettant le recours au CDD à objet défini doit prévoir des garanties pour le salarié en matière de priorité d'accès aux emplois en CDI au sein de l'entreprise.

4. La législation française admet-elle des différences de traitement entre les salariés en CDD et les salariés en CDI? Quelle effectivité peut-on en attendre sur le marché du travail?

Le principe est celui de l'égalité entre les salariés quelle que soit la durée de leur contrat. Ainsi, les salariés embauchés dans le cadre d'un contrat à durée déterminée bénéficient des mêmes droits que les salariés embauchés sous contrat à durée indéterminée.¹⁷ Ce

¹⁵ Loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail

¹⁶ Loi du 22 juin 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche

¹⁷ Ce principe est explicitement posé à l'article L.1242-14 CT : « les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat de

principe d'égalité de traitement entre salariés sous CDD et salariés sous CDI s'impose quelle que soit la source de l'avantage considéré (droits légaux, conventionnels ou même résultant de simples usages). Les seules différences admises explicitement concernent la rupture des contrats temporaires qui fait l'objet d'un régime spécifique. En revanche, la rémunération du CDD ne peut être inférieure à celle que percevrait, dans la même entreprise, un salarié sous CDI de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions.

La mise en œuvre de ce principe d'égalité peut toutefois nécessiter certaines adaptations à la situation spécifique des salariés sous contrat à durée déterminée. Lorsque le salarié en contrat à durée déterminée n'a pas la possibilité de prendre ses congés, il a droit à une indemnité compensatrice de congés payés. Surtout, la règle d'égalité de traitement connaît un tempérament en faveur des salariés sous CDD. Afin de compenser la précarité de leur emploi, ceux-ci ont en effet droit à une indemnité de fin de contrat. Cette indemnité est en principe d'un montant de 10 % des rémunérations globales brutes perçues pendant le CDD. Elle peut ne pas être due dans certaines hypothèses, notamment lorsque le salarié est embauché en CDI immédiatement après le terme du CDD. En matière de formation, les salariés en CDD doivent également bénéficier des mêmes droits que les salariés permanents de l'entreprise. Cependant, ils bénéficient de droits renforcés en matière de formation à l'hygiène et la sécurité.¹⁸ Plus largement, les salariés en CDD ont en théorie un accès facilité à la formation professionnelle. Ainsi, s'agissant du congé individuel de formation, un dispositif, le CIF-CDD, leur est spécifiquement dédié.¹⁹

Signe de l'importance attaché au respect de ce principe d'égalité de traitement entre salariés permanents et temporaires au sein de l'entreprise, la violation de ce principe est sanctionnée pénalement.²⁰

Toutefois, l'efficacité de ce principe d'égalité de traitement demeure limitée. Certaines inégalités de fait peuvent trouver leur origine dans le droit du travail. En effet, de nombreux droits sont soumis à une condition d'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Souvent, faute d'une ancienneté suffisante, les salariés en contrat à durée déterminée n'ont pas accès à ces droits et avantages.²¹

travail à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail ».

¹⁸ Art. L. 4141-2 CT

¹⁹ Art. L. 6322-25 CT

²⁰ Art. L. 1248-8 CT

²¹ En ce sens, J. Péliissier, e.a., *Droit du travail*, Dalloz, 2013, 27e éd., spéc. p. 284-285

5. Quel est le rôle des entreprises de travail temporaire dans le domaine de l'emploi temporaire?

L'objectif assumé des ETT est de faire de l'intérim une alternative crédible aux CDD, notamment grâce au volet de la formation professionnelle et par la constitution d'agences spécialisées pour certains types d'activités (ex : l'informatique).²² En revanche, il ressort des études statistiques que les salariés du secteur privé travaillent plus souvent dans le cadre d'un CDD que dans celui d'un contrat de mission. La distribution entre ces deux formes d'emploi s'effectue cependant de manière différente en fonction des secteurs et des qualifications. Il est plus souvent recouru aux contrats de mission dans les secteurs de l'industrie et de la construction, que dans le secteur tertiaire, dans lequel le recours aux CDD est nettement majoritaire. De manière cohérente avec la répartition par secteurs, le recours aux contrats de mission concerne principalement les ouvriers non qualifiés et, dans une moindre mesure, les ouvriers qualifiés, alors que les CDD concernent surtout les employés.²³ La catégorie des cadres est moins concernée par ces formes d'emploi.

6. Quelle est la réglementation juridique applicable lors de la rupture d'un CDD? En particulier, la législation du travail reconnaît-elle une compensation économique au salarié en CDD?

En principe, le contrat précaire ne prend fin qu'à l'échéance de son terme. Il existe toutefois des cas où la rupture anticipée du contrat est admise en dehors de la période d'essai. Globalement, ces cas sont communs au CDD et aux contrats de mission. Il en va ainsi de la force majeure, de la faute grave, qu'elle soit le fait du salarié ou de l'employeur, et de l'embauche du salarié sous contrat à durée indéterminée.²⁴ Plus spécifiquement, la loi admet également qu'un CDD puisse être rompu d'un commun accord ou en cas d'inaptitude du salarié. En dehors de ces cas, toute rupture du fait de l'employeur serait injustifiée et entraînerait le versement au profit du salarié de dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat. En matière d'intérim et en dehors des cas évoqués, la rupture anticipée du contrat est autorisée à condition que l'ETT propose au salarié un nouveau contrat de mission similaire au précédent.²⁵ La législation française se veut

²² Nous renvoyons à une étude qui a été réalisée sur la base d'entretiens avec des professionnels du secteur par l'IRES et le centre Métis de l'Université Paris I, sous convention avec la DARES. Elle est accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://matisse.univ-paris1.fr/interim/interim.pdf>.

²³ Selon les catégories socio-professionnelles déterminées par l'Insee. Il est possible de trouver sur son site, en plus de la publication d'un ensemble d'études, un recensement des concepts et les méthodes de mesure employés pour leur réalisation.

²⁴ Art. L.1243-1 et L.1251-26 CT

²⁵ Art. L. 1251-26 CT

restrictive, la stabilité de ces contrats étant censée compenser la précarité résultant de leur caractère temporaire. Dans la même perspective, des indemnités spécifiques sont allouées par la loi. La plus emblématique est l'indemnité de fin de mission ou de fin de contrat (dite prime de précarité) qui est égale à 10% de la rémunération brute versée au salarié.²⁶ Néanmoins, cette indemnité n'est pas due en cas de rupture anticipée du contrat à l'initiative du salarié, en cas de force majeure ou de faute grave du salarié. D'autres cas d'exclusion plus spécifiques sont prévus pour chaque contrat. Ils tiennent essentiellement au caractère saisonnier des emplois qui sont pourvus. Par ailleurs, une rupture anticipée ouvre droit pour la partie lésée, salarié ou employeur, à des dommages et intérêts.

7. Quelles sont les sanctions de la violation de la réglementation relative aux CDD?

En cas de non-respect des règles applicables aux contrats précaires, le salarié peut demander à titre de sanction la requalification de son contrat en CDI. La loi prévoit à ce titre une procédure de requalification accélérée devant le conseil de prud'hommes. Cette sanction ayant pour but d'atténuer la précarité inhérente au contrat temporaire, elle ne peut être requise par l'employeur. Il convient de noter, s'agissant des contrats de mission, qu'en cas de requalification, ce n'est pas l'ETT mais bien l'entreprise utilisatrice qui est considérée comme l'employeur du salarié. Toutefois, l'ETT peut également être reconnue civilement responsable de l'absence ou de l'irrégularité du contrat de mission.

Il s'agit d'une requalification-sanction : en complément de la requalification, l'employeur est tenu de verser au salarié une indemnité de requalification correspondant au minimum à un mois de salaire²⁷. De plus, en cas de violation des cas de recours au contrat précaire, il s'expose également à des sanctions pénales qui consistent dans le versement d'une amende agrémentée en cas de récidive d'une peine de prison.²⁸

8. Est-ce que la réglementation juridique des CDD contient des dispositions visant à prévenir la fraude en matière d'emploi temporaire?

Le formalisme imposé à l'employeur participe, en plus de sa fonction informative, à la diminution des risques de fraude. L'employeur doit respecter un certain nombre de conditions. Ainsi, le CDD ou le contrat de mission doit être écrit et comporter le motif

²⁶ Art. L. 1243-8 et L. 1251-32 CT

²⁷ Art. L. 1245-2 et L. 1251-41 CT

²⁸ Art. L. 1248-1 s. et art. L. 1254-1 s. CT. En matière d'intérim, aussi bien l'entreprise utilisatrice que l'ETT peuvent être condamnées pénalement.

pour lequel il a été conclu.²⁹ Celui-ci doit être rédigé de manière suffisamment précise pour être vérifiable. En cas de contestation de la réalité du motif par le salarié, la preuve de celle-ci incombe à l'employeur. Le motif "fixe les limites du litige", c'est à dire qu'il n'est pas possible pour l'employeur d'invoquer un autre motif de recours que celui inscrit au contrat. Les CDD et les contrats de mission comportent, de plus, un certain nombre de mentions obligatoires (ex : le nom et la qualification professionnelle du salarié remplacé)³⁰. L'intervention des représentants des salariés, prévue dans plusieurs hypothèses, participe également à une lutte contre la fraude. Par exemple, le comité d'entreprise est habilité à saisir l'inspecteur du travail s'il a connaissance de recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire³¹. Enfin, puisque le CDD et le contrat de mission ne doivent pas être utilisés pour pourvoir durablement un emploi, leur renouvellement est encadré : en principe, un CDD ou un contrat de mission ne peut être renouvelé qu'une seule fois³². Dans l'hypothèse où l'employeur souhaiterait réembaucher un salarié, pour le même poste de travail, il devra respecter un délai d'attente, dit de carence, qui est calculé en fonction de la durée du contrat initial.³³

9. Quel est le rôle de la négociation collective en France en matière de CDD?

La négociation collective a par le passé joué un rôle essentiel dans l'énumération limitative des cas de recours au contrat de mission et au CDD. Un accord national interprofessionnel (ANI) avait été conclu dans cette optique le 24 mars 1990. Non conforme à la réglementation alors en vigueur, le contenu de cet accord a dû être retranscrit par le législateur. La liste des cas de recours aux contrats précaires est donc aujourd'hui légale. Celle-ci étant d'ordre public, les interlocuteurs sociaux ne peuvent y déroger en défaveur des salariés en prévoyant notamment des cas de recours supplémentaires. Une exception légale demeure néanmoins puisque les articles L.1242-2 et L.1251-6 CT autorisent la conclusion de contrats précaires pour les emplois pour lesquels, dans certains secteurs définis par accord collectif étendu, il est d'usage de ne pas recourir à un CDI. De manière plus ponctuelle, un accord collectif peut être le relais des politiques publiques de l'emploi en érigeant le contrat précaire comme moyen de lutte contre le chômage de certaines catégories de travailleurs. Il en va ainsi du CDD senior créé par un ANI et repris par décret en 2006. Il convient de noter pour finir que les ETT constituent à elles seules une branche d'activité. Des accords collectifs

²⁹ Art. L.1242-12 et L.1251-16 CT

³⁰ *Ibidem*

³¹ Art. L.2323-17 CT

³² Art. L.1243-13 et L.1251-35 CT

³³ Art. L.1244-3 et L.1251-36 CT

s'appliquant en certains points aux salariés intérimaires sont ainsi conclus dans ce secteur.

10. Actualités diverses relatives aux CDD et aux entreprises de travail temporaire

Les débats relatifs à la sécurisation de l'emploi, qui ont eu lieu en 2013, ont notamment porté sur la multiplication des CDD dont la durée est très courte et qui participent de ce fait à un fort taux de rotation de l'emploi. Il a par conséquent été prévu dans l'ANI du 11 janvier 2013, repris par la loi du 14 juin 2013, la possibilité pour les partenaires sociaux, gestionnaires de l'Unedic,³⁴ de moduler les cotisations patronales à l'assurance chômage en fonction du type de contrats.³⁵ Ces cotisations ont été augmentées pour les CDD de courte durée (moins d'un mois et entre un et trois mois), conclus à partir 1er juillet 2013.

Enfin, il doit être relevé, en lien avec le rôle des entreprises de travail temporaire sur le marché du travail, que, par un accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, dont la conclusion fait suite à l'ANI du 11 janvier 2013 (art. 4 c), les entreprises de travail temporaire peuvent proposer des CDI aux salariés intérimaires. L'objectif fixé est de parvenir, dans un délai de trois ans, à la conclusion de 20 000 CDI au profit de travailleurs intérimaires, étant entendu que cet objectif, mentionné dans le seul préambule de l'accord, est dénué de force juridique. L'intérêt de cet accord est de fixer le régime juridique des CDI conclus par les intérimaires.

³⁴ L'Unedic est l'organisme paritaire qui gère l'assurance chômage en France.

³⁵ Art. L 5422-12 CT

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ALEMANIA

Javier Molina Vega, Socio
Gregor Erlebach, Asociado Principal
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Introducción

La contratación temporal siempre ha sido, y lo es cada vez más, un pilar importante del mercado laboral alemán. A la vista de la protección por despido muy rígida en las empresas de más de 10 trabajadores, pues prevé una readmisión obligatoria en caso de improcedencia del despido, la contratación temporal ha jugado un papel determinante en la fuerza laboral, al constituir un vehículo puente para los trabajadores a la hora de encontrar un contrato laboral indefinido.

Una gran parte de los trabajadores temporales que han podido demostrar su valía durante la contratación temporal, posteriormente han sido contratados con contrato indefinido, siempre que haya habido necesidad de contratación en la empresa. Varias fuentes remarcan que de no haber existido la posibilidad de contratación temporal, la tasa de desempleo hubiese aumentado.

Con las mayores posibilidades de una contratación temporal desde 1985 se han creado más puestos de trabajo, pero también es cierto que se ha destruido más empleo. Pero no se ha evidenciado claramente que todos los puestos de trabajo hubieran sido extinguidos tras la desaparición de la causa temporal. Contrario a la situación en España, el temido efecto torniquete, es decir la rotación de los trabajadores sólo con motivo de eludir la rígida protección contra el despido en caso de los contratos indefinidos no se ha producido. No se ha establecido por tanto una cultura de “*hire and fire*”.

Según Eurostat¹, el porcentaje de trabajadores temporales en Alemania en relación con la totalidad de la población laboral ha ido aumentando ligeramente desde 2001 de un 12,4% a un 14,7% en 2008 y se ha estabilizado por estos valores hasta el año 2011. En 2012 podíamos observar una ligera baja a un 13,9%. Con estos valores no se está hablando, de forma generalizada, de una precariedad en las relaciones laborales.

La tasa de contratos temporales es más baja que en España (23,6%) y Francia (15,2%), pero más alta que en Italia (13,8%), Bélgica (8,1%), Luxemburgo (7,7%) y Gran Bretaña (6,3%).

¹ <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tps00073>

Destaca que la mayoría de los contratos temporales se cierran con gente joven, bajándose el porcentaje de los trabajadores temporales de forma constante con el aumento de edad de los trabajadores hasta los 64 años². Obviando el grupo de los trabajadores hasta 24 años (en gran parte aprendices con un contrato que es temporal por imperativo legal), la tasa de contratos temporales de los trabajadores entre 25-34 años es del 17,9% frente a un 7,4% de los trabajadores entre 34-44 años y a un 4,2% de los trabajadores entre 55-64 años. Podemos observar de nuevo un aumento de la tasa a partir de los 65 y hasta 74 años al 6,9% y una nueva baja al 3,9%, respecto a los trabajadores a partir de los 75 años.

No obstante, estos datos integran no sólo a los trabajadores temporales bajo el amparo de la Ley sobre Contratos Temporales y a Tiempo Parcial –*Teilzeit und Befristungsgesetz*– (en adelante TzBfG), sino que integran a los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporales, así como los Minijobs que en el año 2011 alcanzaron los 7,4 millones.

En el año 2012, la contratación temporal supuso el 9,5% de la población contratada en Alemania, observándose un incremento de 3 puntos desde el año 2003 en que se inició anualmente un incremento progresivo de esta tipo de contratos.

En este sentido, desde el año 2010 casi dos tercios de los contratados temporalmente han incrementado sus salarios con base en los Convenios Colectivos de aplicación, siendo debido a que a más del 50% de los contratados temporales se les ha aplicado un Convenio Colectivo, y por cuanto un 25% han sido temporalmente contratados en el ámbito de las empresas y administraciones públicas

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones europeas, como la española o la francesa, la legislación alemana en general carece de un cuerpo normativo único y en particular la regulación de los contratos temporales se encuentra diseminada, como veremos a continuación, en el Código Civil (BGB), en la Ley de Protección del Despido (KSchG) y especialmente en la Ley de contratos a tiempo parcial y contratos temporales (TzBfG), cuyo origen se justifica por la transposición de la Directiva 1999/70/CE.

² Fuente: *Statistisches Bundesamt (Destatis)*

https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension4/4_2_BefristetBeschaeftigte.html

1. ¿Es posible suscribir un contrato laboral temporal en Alemania? ¿Cuál es el principio que rige la contratación temporal?

La regla general es que los contratos laborales deben ser por tiempo indefinido, si bien la regulación que recoge la contratación temporal no sólo responde a regular esa excepción a la regla general sino a proteger frente a la discriminación a los trabajadores contratados temporalmente.³

No obstante, los supuestos en los que se admite la contratación temporal, no es exactamente la contemplada en la TzBfG, pues como observaremos es posible la temporalidad sin causa, o sin estar sujetos a restricciones temporales.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen en Alemania? ¿En qué casos pueden utilizarse estas modalidades contractuales y cuál es su regulación?

2.1 Definición

El § 3 TzBfG define el contrato temporal, como aquel que ocupa a un trabajador para un concreto periodo de tiempo o duración determinada. Esta modalidad puede vincularse a un periodo de empleo fijo, a una época calendarizada del año o para responder a una obra determinada.

La actividad para la que los trabajadores temporales son contratados debe ser igual o similar a la desempeñada por los trabajadores indefinidos; en el supuesto que dicha actividad no lo desempeñara ningún trabajador fijo se empleará como contraste la definición de la actividad descrita por el Convenio Colectivo de aplicación.

2.2 Exigencias formales

El § 14.4 TzBfG exige para la validez del contrato temporal su forma escrita, de tal suerte que la realización del mismo de forma verbal trae como consecuencia la consideración del mismo por tiempo indefinido, pudiéndose rescindir previo preaviso antes del tiempo fijado, conforme al § 16 párrafo 2 TzBfG.

La obligatoriedad de la forma escrita tiene como objetivo determinar el tiempo durante el que el trabajador prestará sus servicios o la obra o servicio para el cual ha sido contratado, para el supuesto que no sea posible fijar un tiempo cierto de contrato.

³ § 1 TzBfG.

2.3 Tipos de contratos temporales un modelo bipolar

El contrato temporal de duración determinada, conforme al §14.1 TzBfG es lícita si está justificada por una causa objetiva, que establece una serie de supuestos, si bien deja la posibilidad de contratos temporales en otros supuestos que corresponden a situaciones análogas o similares a las legalmente establecidas.

Por ello distinguiremos entre contratos temporales con base en causas objetivamente tasadas por la norma, y contratos temporales por tiempo cierto sin que se soporten en causas objetivas.

2.3.1 Contratos temporales con base en causas objetivamente tasadas por la norma

Como antes hemos referido, la contratación temporal es una excepción a la regla general del carácter indefinido de los contratos, identificando el TzBfG determinadas causas que limitarán el uso abusivo de esta modalidad contractual.

Aún cuando la norma concreta un contrato tipo de temporalidad objetivo, la jurisprudencia viene admitiendo la existencia de otras causas que puedan soportar la temporalidad.

Las causas establecidas por ley son las siguientes:

a) Necesidad de mano de obra que sólo existe de forma transitoria

Dicha modalidad, sin duda, es una de las más importantes y abarca tres distintas subgrupos: (i) mayor necesidad de mano de obra en la actualidad, (ii) previsión de menor necesidad de mano de obra en el futuro y (iii) necesidad de mano de obra de forma periódica (trabajo estacional, trabajos de campaña) siendo esta última tratada como contrato a tiempo parcial o fijo discontinuo.

En todas las modalidades se ha de justificar la temporalidad con una prognosis de la situación empresarial en el momento de la contratación que tiene que ser susceptible de comprobación posterior para el supuesto de reclamación judicial. No se ha establecido ningún plazo máximo de la temporalidad, si bien el lapso de tiempo es limitado. En algunos supuestos se ha propuesto una duración máxima de dos años.

Asimismo esta necesidad transitoria tiene que venir referida al centro de trabajo y no a la empresa o al grupo de empresas; por otro lado, el carácter intermitente de la actividad

transitoria no la convierte en indefinida y por ende es lícito la utilización de esta causa durante años sucesivamente y con el mismo empleado.

- b) Primer empleo tras haber acabado la formación profesional o los estudios universitarios

Con esta causa de temporalidad se pretende facilitar al trabajador la transición a una ocupación de enlace y fomentar su entrada en el mercado laboral. En general, el lapso de tiempo entre la terminación de la formación/estudios y el comienzo de la relación laboral debe ser muy cercano, si bien no tiene que ser inmediato. No se ha establecido por ley una duración máxima de la temporalidad, pero en apego a las regulaciones contenidas en algunos convenios colectivos se considera todavía lícita una duración de hasta un año.

Sólo es posible hacer uso de esta causa una vez por trabajador, siendo igualmente prohibida la prórroga del contrato temporal; de tal suerte que si durante los estudios el trabajador estuvo contratado en la empresa no es posible contratarlo posteriormente mediante esta modalidad contractual.

- c) Contrato de interinidad o sustitución

Entre las causas clásicas de esta modalidad contractual se encuentran la enfermedad de larga duración, vacaciones o el desplazamiento temporal de un trabajador al extranjero, así como la maternidad o la excedencia por cuidado de hijo. La duración se ajusta a la duración de ausencia del trabajador sustituido, aun siendo de tiempo incierto. Lo importante para el empleador es acreditar, en el momento de la contratación temporal (prognosis), que el trabajador vaya a retornar a su puesto de trabajo, ya que conforme a la intimidad del trabajador no es posible preguntarle si tiene previsto llevar a cabo una excedencia posteriormente con reserva de puesto de trabajo.

Lógicamente el trabajador contratado puede prestar sus servicios en otra actividad distinta a la persona que sustituye, por el efecto dómينو que se puede producir internamente en la plantilla.

Finalmente la utilización de esta modalidad por tiempo superior a sustitución convierte en indefinida la contratación.

d) Por naturaleza de la prestación de servicios

Esta modalidad se refiere sobre todo a los supuestos de contratos de periodistas en las cadenas de televisión o radio que ejercen una labor creativa en la configuración de la programación y a los supuestos de contratos con protagonistas en los sectores de deporte y cultura (artistas, actores, cantantes, músicos, deportistas profesionales).

En el primero de los casos se justifica la temporalidad por la libertad constitucional de los medios de comunicación, y en particular, la libertad a la organización del programa que siempre tiene que ser ponderado de forma objetiva con los intereses individuales del trabajador. En el segundo de los casos el elemento distintivo es el gusto cambiante del público que requiere una cierta diversidad y por tanto un ajuste periódico de los conceptos. La duración máxima en estos supuestos depende de cada caso en concreto y ha de ser analizado, en su caso, por el juez competente.

e) Periodo de prueba

Aunque la duración máxima del periodo de prueba no está fijada por ley se suele considerar lícito una duración máxima de 6 meses. Por regla general, la duración del periodo de prueba debe guardar una relación razonable con el fin de la prueba en el caso concreto. Los periodos de prueba que exceden de 6 meses sólo serán lícitos en casos muy excepcionales, tales como trabajos con un nivel de exigencia técnica tan alto que no permite llegar a conclusiones definitivas antes (por ejemplo: científicos o artistas de alto nivel).

Esta modalidad permite a los contratantes desistir durante dicho periodo del contrato con tan sólo dos semanas de preaviso, conforme al § 622.3 BGB, ya que a los contratos temporales inferiores a seis meses no le es de aplicación la KSchG⁴.

f) Causas en la persona del trabajador que justifican la temporalidad

Se trata de supuestos como motivos sociales por las que se emplea a un trabajador un tiempo determinado para hacer puente hasta que éste haya empezado o encontrado otro trabajo. También entran en esta categoría las escasas situaciones en las que se pacta una temporalidad por iniciativa y voluntad expresa del trabajador. Corresponde al empleador acreditar, en caso de discrepancia, que el trabajador, aún habiéndole ofrecido un puesto de trabajo indefinido, hubiese optado por el contrato temporal.

⁴ Ley de protección del Despido.

Conforme a la jurisprudencia se admite esta modalidad contractual cuando el empresario ha sido adjudicatario de una concesión administrativa por un periodo de tiempo y la duración de la misma está fijada previamente.

- g) Trabajadores que son remunerados a través de presupuestos públicos destinados a contratos de duración determinada

El ejemplo típico de este supuesto es la contratación para un proyecto de investigación financiado con dinero público. Es requisito indispensable que los fondos públicos para el proyecto se hayan destinados sólo para un tiempo limitado y que el trabajador este ocupado mayoritariamente según los fines establecidos en el correspondiente presupuesto público.

En este sentido, la naturaleza temporal deviene de la vinculación a una asignación presupuestaria para una tarea concreta, cuando esta es temporal, como por ejemplo un programa de reinserción laboral de personas en exclusión social.

- h) Temporalidad alcanzada en la conciliación judicial

Se justifica la temporalidad también en caso de que se regule la duración determinada en un acuerdo judicial que pone fin a un litigio.

2.3.2. Contratos temporales sin causa específica

Los contratos temporales sin causa tienen como objetivo el fomento del empleo, como veremos seguidamente.

En este sentido, se permiten contratos temporales sin mediar una causa específica cuando su duración no excede de 2 años (§ 14.2 TzBfG). En caso de pactar una duración inicial más corta, se permiten hasta tres prorrogas hasta alcanzar la duración máxima de 2 años. Dicha modalidad contractual sólo es posible cuando se trata de una nueva contratación.

Es requisito imprescindible que no haya existido una relación laboral de duración determinada o indefinida anterior entre el empleador y el empleado, salvo que en el momento de la nueva contratación hayan pasado desde la terminación de la primera relación laboral mas de 3 años (Sentencia *Bundesarbeitsgericht* 7 AZR 375/10 de 21.9.2011). Por convenio colectivo se puede regular el numero de prorrogas y la duración máxima del contrato de forma distinta, y ello tanto al alza como a la baja.

La terminación del contrato imposibilita que el mismo trabajador sea ocupado mediante esta modalidad contractual, si bien si podría el trabajador ser contratado temporalmente bajo la modalidad de interinidad, conforme al § 14.3 TzBfG.

En empresas de nueva creación se permite la limitación temporal de un contrato de trabajo dentro de los primeros 4 años desde el inicio de la actividad por un periodo de duración máximo de 4 años (§ 14.2a TzBfG). En caso de pactar una duración inicial más corta, se permiten varias prorrogas hasta alcanzar la duración máxima de 4 años, sin que deba justificar razón objetiva para el empleo temporal.

Dado que esta modalidad de contratos temporales de duración hasta cuatro años, se permite durante los cuatro años siguientes a la constitución de la nueva Sociedad (no cabe para nuevas actividades empresariales de sociedades ya constituidas) actividad empresarial, cabe la posibilidad que alguno de los contratos terminará a los ocho años del inicio de la actividad empresarial.

Por convenio colectivo se puede regular el número de prorrogas y la duración máxima del contrato de forma distinta, y ello tanto a favor como en desfavor del empleado.

Finalmente, existe la posibilidad de una limitación temporal de hasta 5 años si el empleado haya cumplido 52 años en el momento del comienzo de la relación laboral y haya estado desempleado como mínimo los 4 meses inmediatamente anteriores al comienzo de la relación laboral (§ 14.3 TzBfG). En caso de pactar una duración inicial más corta, se permiten varias prorrogas hasta alcanzar la duración máxima de 5 años.

La doctrina iuslaboralista alemana discute de forma controvertida la conformidad de dicha norma legal con la normativa europea. No existe hasta la fecha un pronunciamiento del *Bundesarbeitsgericht* (Sala de lo Social del Tribunal Supremo alemán) si bien el TJCE en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005 Asunto Mangold, consideró que la redacción anterior a la actual del §14.3 TzBfG era ilícita por discriminatoria por razón de la edad, ya que aún cuando era legítima y adecuada no podría fijarse en una edad sino soportarse en las condiciones de desempleo que ese colectivo a partir de una determinada edad estaba padeciendo, ello exigió que el legislador alemán junto a la edad de 52 años exigiera que hubiera estado antes de ser contratado al menos 4 meses en situación de desempleo, en los términos fijados por el SGB III § 119.1.1 y haya percibido subsidio por reestructuración o haya participado en programas de empleabilidad.

2.3.3. Encadenamiento de contratos temporales

El encadenamiento de varios contratos temporales, cada uno celebrado con causa justificada, es lícito, sin que, en principio, exista un límite temporal respecto a la duración total. Pero hay que tener en cuenta que la necesidad de protección del empleado se incrementa cuanto más levada sea la duración del contrato.

Con ello aumentan los requisitos necesarios para poder justificar la temporalidad, y ello, en supuestos de un encadenamiento de varios contratos temporales cada uno por sí sólo justificado, puede suponer la falta de justificación de la temporalidad del último contrato temporal.

En efecto como veíamos al analizar el § 14.2 TzBfG no es posible pactar un contrato temporal con plazo cierto entre el mismo trabajador y empresario, si previamente existió una relación laboral, indiferentemente el tiempo transcurrido; no obstante si se produjera una sucesión empresarial o si fuera contratado por otra empresa del grupo empresarial no habría ningún tipo de impedimento.

Sensu contrario tras un contrato temporal con plazo cierto, si es posible contratar al trabajador para de forma interina sustituya a otro trabajador, conforme al § 14.1.3 TzBfG.

3. ¿La regulación legal en Alemania reconoce un derecho preferente a los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo permanente en la empresa?

No existe exactamente una preferencia de ocupar puestos de trabajo permanente sino que acorde con la influencia de la norma comunitaria, a fin de garantizarles las mismas oportunidades para acceder a puestos de trabajo permanentes, el empresario deberá informar a los trabajadores temporales de dicha posibilidad.

Por tanto, el empresario deberá informar de las vacantes existentes, si esta pudiera ser ocupada por algún trabajador temporal, pudiendo el empresario informar individualmente (si el trabajador temporal respondiera al perfil solicitado) o de formar colectiva sobre la existencia de la vacante, si bien no distingue cómo llevar a cabo la publicidad de la misma, admitiéndose que la misma pueda ser publicitada en el portal del empleado.⁵

⁵ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 10. Auflage 2010, Rn 1-2.

En este sentido, cabe que la negociación colectiva establezca determinados protocolos que el empresario debe seguir para ofertar las plazas indefinidas vacantes a los trabajadores temporales.

Asimismo, este derecho de información se extiende a los representantes de los trabajadores por mor del § 93 BetrVG, que fija del deber de información a la representación social de cualquier vacante que se produzca dentro de la empresa, pudiendo el Comité de Empresa impedir la contratación por haber vulnerado su derecho de información conforme al § 99 II 5 BetrVG, al deber contar con su aprobación para llevar a cabo la contratación.

Aún cuando no existe una regulación que sancionara el incumplimiento del deber de información, el incumplimiento por parte del empresario permitirá al trabajador temporal demandar por daños y perjuicios, conforme al § 280 BGB, ya que como recientemente ha dictado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de febrero 2013 (*Bundesarbeitsgericht* 8 AZR 68/12), si el legislador hubiera querido fijar una concreta indemnización por este motivo, lo hubiera regulado en la propia norma.

4. ¿La regulación legal en Alemania permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales en comparación con los permanentes? ¿La realidad del mercado de trabajo cumple con esta regulación?

Conforme contempla el § 4.2 de la TzBfG, los trabajadores con contrato temporal no podrán ser tratados de manera menos favorable que a los trabajadores ocupados comparables sin límite, a menos que la justificación objetiva para una diferencia de trato.

Adicionalmente, el § 5 hace que el derecho a no ser discriminado no pueda ser objeto de transacción o renuncia por parte del trabajador.

La vulneración de este derecho tiene sus consecuencias en la reclamación de daños por parte de trabajador regulados en el § 280 I BGB, o con base en § 823 I BGB, si los hechos pudieran ser imputados dolosamente.

5. ¿Cuál es el papel de las Empresas de Trabajo Temporal en el ámbito de la contratación temporal?

En el año 2011 fueron contratadas a través de empresas de trabajo temporal 882.000 trabajadores, lo que supuso el 2,5% de las contrataciones efectuadas en Alemania, muy por debajo del 9,5% que suponen los contratos temporales.

En este sentido, se ha venido reduciendo a partir del segundo trimestre 2012 el nivel de contratación a través de empresas de trabajo temporal, debido a la regulación del trabajador en misión desde el 1 de noviembre de 2012, que ha encarecido sus costes como consecuencia de que los trabajadores deben de percibir la misma percepciones que los trabajadores de la empresas contratantes.

Así por ejemplo en el metal y la industria eléctrica se tambaleó recargos por pagar, que se basan, respectivamente, en la longitud de la inserción en una empresa usuaria:

- Después de un período en misión en la industria de 6 semanas se abonará un suplemento de 15%
- Después de un período en misión en la industria de 3 meses se abonará un suplemento de 20%
- Después de un período en misión en la industria de 5 meses se abonará un suplemento de 30%
- Después de un período en misión en la industria de 7 meses se abonará un suplemento de 45%
- Después de un período en misión en la industria de 9 meses se abonará un suplemento de 50%

La duración del período de aplicación se inicia a contar desde la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo, a menos que el trabajador cedido lo era fuera antes de septiembre de 2012.

6. ¿Cuál es la regulación legal en relación con la extinción del contrato temporal? En concreto, ¿el ordenamiento jurídico laboral reconoce una compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal?

La extinción de los contratos temporales viene regulada en el § 15TzBfG, identificando los siguientes supuestos, en los que no existe compensación económica, pues el sistema alemán soporta sus metodología en unos preavisos muy rigurosos, cuyo incumplimiento tiene consecuencias económica.

Así, en términos generales los contratos temporales a fecha cierta terminarán en la fecha prevista.

En los contratos por obra o servicio determinado, finaliza con la obra o servicio, si bien el empresario debe preavisar por escrito del cese del contrato con al menos dos semanas de anticipación. No obstante, es posible extinguir el contrato temporal *ante tempus* y sin causa, si así se ha fijado en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo aplicable.

Si el contrato temporal tuviera una duración superior a cinco años, el plazo de preaviso será de al menos seis meses.

No obstante, si tras la finalización del contrato temporal el empleado continuara prestando sus servicios el contrato devendrá fijo, si el empleador o el empleado no opusieren a ello. A este respecto el Tribunal Supremo en su sentencia de 29.6.2011 fijó como indefinido el vínculo contractual temporal, por seguir prestando el trabajador sus servicios, tras fallecer el trabajador que sustituía.

7. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la regulación en materia de contratación temporal?

Conforme contempla el §15 TzBfG si tras la terminación del contrato temporal el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se convierte en indefinido.

Asimismo, si no se cumplieran los requisitos formales o la contratación no tuviera encaje en ninguno de supuestos identificados en el §14 TzBfG, aplicándose en ese supuesto lo fijado por la KSchG si el centro de trabajo ocupa a más de diez trabajadores.

Por otro lado y conforme al §17 TzBfG, si el trabajador entiende que su contrato temporal se ha realizado en fraude de Ley, deberá acudir al Juzgado de lo Social en el plazo de tres semanas desde la terminación del contrato temporal para que califique.

Así el § 9 KSchG concreta que si el Tribunal determina que la relación laboral no se disuelve por la terminación del contrato, pero el empleado manifiesta que no pretende continuar, el tribunal dará por terminada la relación de trabajo a petición del empleado y ordenar al empleador a pagar una compensación razonable.

8. ¿La regulación legal sobre contratación temporal incluye previsiones dirigidas a evitar el fraude en la contratación temporal?

En caso de que se haya celebrado un contrato temporal en fraude de ley o se haya omitido celebrar el contrato de forma escrita, dicho contrato se presume celebrado por tiempo indefinido (§ 16 TzBfG). Además, para proteger al empleado contra la contratación temporal en fraude de ley, no es posible terminar la relación laboral de forma ordinaria antes del tiempo convenido en el contrato (salvo casos de mera omisión de la forma escrita). Dicha prohibición se extiende tanto a desistimientos como a todas modalidades del despido objetivo, con prácticamente la única excepción del despido disciplinario procedente.

Así, el §17 TzBfG concreta que si el trabajador considera que su contrato se ha efectuado en fraude de Ley, puede demandar por despido en el plazo de tres semanas máximo para interponer demanda ante el Juzgado de lo Social para decretar ilícito el cese, conforme a KSchG.

En relación con los trabajadores de una ETT cabe destacar que el legislador alemán sólo ha previsto la ficción de una relación laboral con la empresa usuaria en caso de inexistencia de la autorización administrativa de la ETT para ceder trabajadores y no en caso de utilizar trabajadores de una ETT sin límite temporal (§ 10.1 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; AÜG*). La legislación europea (artículo 10.2 Directiva 2008/104/CE) no prevé una sanción determinada en caso de utilizar trabajadores de una ETT sin límite temporal, sino deja la imposición de las sanciones oportunas y consecuencias legales al criterio de los estados miembros. Por tanto, cuando la cesión del trabajador se produce sin límite temporal, no existe derecho del trabajador de reclamar una relación laboral con la empresa usuaria (*Bundesarbeitsgericht 9 AZR 51/13* de fecha 10.12.2013).

9. ¿Cuál es el papel de la negociación colectiva en Alemania en relación con la contratación temporal?

Como nota preliminar, es importante resaltar que la mayoría de los convenios colectivos en Alemania no son de eficacia general, sino vinculan sólo a los miembros de las partes firmantes (carácter extraestatuario en términos del ET), salvo que el gobierno haya declarado expresamente la eficacia general.

En varios convenios colectivos se excluye la posibilidad de celebrar contratos temporales sin causa específica. En dichos casos no es posible celebrar un contrato temporal en esta modalidad.

También se puede regular por convenio colectivo en los casos de contratos temporales sin causa específica (salvo supuestos de contratos con trabajadores de 52 o más años) el número de prorrogas y la duración máxima del contrato de forma distinta a lo establecido en la ley, y ello tanto a favor como en desfavor del empleado (§ 22.1 TzBfG). Desde el punto de vista constitucional y de derecho comunitario una regulación en desfavor del empleado está sujeta a determinados límites, es decir no puede existir de forma ilimitada (*Bundesarbeitsgericht 7 AZR 184/11* de fecha 15.08.2012).

En determinados supuestos, el comité de empresa en Alemania tiene que prestar su consentimiento a la contratación de nuevos empleados (incluido los temporales y de ETT) y puede negarse a la contratación, cuando la contratación infringe alguna

previsión legal. Según la Ley sobre la cesión de empleados (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG*) la cesión de trabajadores sólo puede producirse de forma *temporal*.

Por este motivo el comité de empresa puede negarse a la contratación de un trabajador de una ETT, cuando el empleador pretende utilizar el trabajador de la ETT en principio sin límite temporal (*Bundesarbeitsgericht 7 ABR 91/11* de fecha 10.07.2013). Con ello los comités de empresa, respaldados por el alto tribunal, han puesto fin a la utilización ilimitada en tiempo de trabajadores de una ETT, práctica habitual en muchas empresas alemanas hasta la fecha.

LAVORO A TEMPO DETERMINATO IN ITALIA

Mirko Altimari

Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro

Università Cattolica di Milano

Introduzione

I contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano (dati 2013) il 3,6% del totale della popolazione attiva in Italia e occupano 1,5 milioni di lavoratori a tempo pieno e 650.000 a tempo parziale. Il dato è poco distante dalla media europea ed è in lieve decrescita, dopo che la legge n. 92 del 2012 ha ristretto le ipotesi nelle quali è possibile stipulare un rapporto di lavoro a tempo determinato.

1. È possibile sottoscrivere un contratto a tempo determinato in Italia? Qual è il principio che governa i contratti a tempo determinato in Italia?

L'ordinamento italiano consente la stipulazione di contratti a tempo determinato già dal 1942, anno di promulgazione del codice civile; dal 1962 la materia è stata regolata da una legge apposita, che garantiva già da allora parità di trattamento su tutti i fronti e una serie di importanti limitazioni alle assunzioni a termine (o a tempo determinato). La percentuale di lavoratori a termine è stata così storicamente molto bassa, sino a che la materia è stata liberalizzata dal d. lgs. n. 368 del 2001, che ha segnato la rottura dell'unità di azione fra i tre grandi sindacati nazionali, inaugurando una stagione di contrapposizione fra il sindacato di sinistra (CGIL) e le altre confederazioni. La disciplina da allora è stata rivista in più occasioni, anche per tenere conto delle sentenze della Corte europea di Giustizia.

Attualmente, l'apposizione di un termine è consentita in determinati casi, previsti dalla legge, analizzati più in dettaglio nelle risposte che seguono (**Q.2**). Per ciò che concerne il principio che informa la materia in questione, la legge prevede espressamente che la «forma comune» di contratto di lavoro subordinato sia a tempo indeterminato. Tale previsione –contenuta in un comma numerato peculiarmente come 01 del D.lgs. n. 368/2001, che testimonia le numerosissime modifiche intervenute sul testo originario, ha probabilmente una valenza che possiamo definire più di carattere politico che giuridico.

2. Che tipi di contratti a tempo determinato esistono in Italia? In quali casi di può fare ricorso ai contratti a tempo determinato e qual è la loro disciplina legale?

A partire dal D.lgs. 6 settembre 2001, n. 268, con il quale il legislatore italiano ha recepito la Direttiva n. 99/70/Ce, venne abbandonato il principio di tassatività nella definizione di quelle che erano le fattispecie giustificatrici, che fino a quel momento aveva caratterizzato l'ordinamento italiano. Per quel che riguarda il requisito della forma, la disciplina prevede che l'apposizione del termine debba risultare da atto scritto, a pena di inefficacia.

Ai sensi dell'art. 1, c. 1 del succitato decreto, il contratto a tempo determinato è consentito «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro». Su questo punto è intervenuta di recente la c.d. Riforma Fornero (legge n. 92/2012), che ha previsto una parziale “liberalizzazione” del contratto a termine: infatti in virtù del nuovo comma 1 bis dell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 il primo contratto a termine –la cui durata non sia superiore a 12 mesi– non richiede più l'esplicazione di una causale.

3. Viene riconosciuto in Italia un diritto di precedenza dei lavoratori a tempo determinato ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato?

A partire dal 2007 è stato previsto per il lavoratore a tempo determinato –che abbia lavorato per più di sei mesi presso la stessa azienda– un diritto di precedenza per le assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro a condizione che le stesse siano effettuate nei dodici mesi successivi alla data di cessazione del rapporto di lavoro e che riguardino mansioni svolte nel corso del contratto a termine.

4. La legge consente differenziazioni quanto alla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato? Il mercato del lavoro rispetta in concreto la disciplina di legge?

Il d.lgs. n. 369/2001 –che, come già anticipato, attua nell'ordinamento italiano la Direttiva 99/70/Ce– prevede, all'art. 6, un dettagliato «principio di non discriminazione», in virtù del quale al lavoratore con contratto a tempo determinato spettano ad esempio, le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili. Queste previsioni in tema di parità di trattamento non presentano nell'attuazione concreta un elevato tasso di ineffettività, cosa che invece avviene in altri settori dell'ordinamento lavoristico italiano.

5. Che ruolo svolgono le agenzie di lavoro temporaneo in ordine al lavoro determinato?

Nell'ordinamento italiano il contratto di somministrazione di lavoro può essere stipulato sia a tempo indeterminato (tale forma è stata reintrodotta nel 2010, nonostante la scarsa utilizzazione) sia a tempo determinato: questa è evidentemente la fattispecie più diffusa. Anche per stipulare questo tipo di contratto occorre che sussistano di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. Coerentemente con le modifiche di cui si è dato conto, in ordine alla "acausalità" del primo contratto a tempo determinato, anche la prima missione di durata fino a 12 mesi presso un determinato utilizzatore non richiede più la sussistenza delle predette ragioni giustificatrici.

6. Qual è la disciplina sulla scadenza dei contratti di lavoro a tempo determinato? In particolare viene riconosciuto un diritto dei lavoratori a ricevere un indennizzo?

L'ordinamento italiano non prevede uno specifico indennizzo nei confronti del lavoratore a tempo determinato, una volta scaduto il termine. Pertanto egli avrà diritto ai "normali" rimedi previsti contro la disoccupazione, di recente modificati dalla Legge Fornero. Troverà quindi applicazione la disciplina dell'Aspi (Assicurazione sociale per l'impiego) anche nei confronti del lavoratore a tempo determinato, nel caso in cui ne sussistano i requisiti che prevedono, in breve, il versamento di contributi per almeno due anni; almeno un anno deve essere stato versato nell'ultimo biennio e lo stato di disoccupazione deve essere involontario.

7. Che conseguenze discendono dalla violazione della disciplina di legge?

Limitando l'analisi all'ipotesi più importante di sanzione applicabile a un utilizzo illegittimo del contratto a termine, vale a dire alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, come già si è accennato in precedenza l'apposizione del termine è inefficace se non risulta da atto scritto: in mancanza di atto scritto il termine si considera inesistente, e pertanto il contratto si intende stipulato a tempo indeterminato.

Nel caso in cui il rapporto di lavoro continui dopo la scadenza del termine fissato inizialmente, o successivamente prorogato, dopo un periodo che possiamo definire di "tolleranza" (per il quale il datore di lavoro è obbligato a corrispondere una maggiorazione della retribuzione), oltre il trentesimo giorno (in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi) ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.

La stessa cosa avviene nel caso di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, quando il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lavoratore superi complessivamente i 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro.

8. Sussistono norme che prevedono una specifica tutela in caso di rapporto costituito in frode?

Le norme più importanti in tema di sanzioni *–lato sensu–* sono per l'appunto quelle sopra elencate, che prevedono la trasformazione del contratto da rapporto a tempo determinato a tempo indeterminato, nei casi previsti dalla legge e che riguardano la mancanza o l'abuso nell'apposizione del termine, o il superamento dei limiti temporali sopra descritti.

9. Che ruolo svolge al contrattazione collettiva nella disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato?

La contrattazione collettiva riveste un ruolo molto rilevante per ciò che attiene alla regolamentazione del contratto a tempo determinato nell'ordinamento italiano.

Sempre nell'ottica di una maggiore "liberalizzazione" del contratto, il legislatore nel 2012 ha previsto che l'autonomia collettiva –più precisamente «i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» –possano prevedere, «in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati»– un ampliamento della deroga alla esplicazione di una delle causali «nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3: lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente –nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva». Sempre nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle succitate ragioni, la contrattazione collettiva può ridurre i periodi di intervallo che devono necessariamente sussistere fra la stipulazione di un contratto a termine e l'altro. O ancora, è possibile stabilire dei limiti quantitativi di utilizzo dei contratti a termine, disponendo che i lavoratori assunti a tempo determinato non eccedano una certa percentuale rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato.

10. Altre questioni rilevanti

Insieme al contratto a orario parziale, il contratto a tempo determinato è quello che negli ultimi anni ha subito all'interno dell'ordinamento italiano il maggior numero di modificazioni: non ci si può non soffermare criticamente sulla qualità della legislazione degli ultimi anni, che ha reso l'istituto del contratto a tempo determinato quasi inintelligibile, vista la rapidità, inconsulta, delle modifiche intervenute.

Almeno altri due punti (tra i tanti spunti che tale materia offre) meritano *en passant* di essere riportati. In primo luogo l'intervento del 2012, a fronte di una innegabile intenzione "liberalizzatrice" in tema di apposizione del termine, di converso "costa di più": i datori di lavoro dovranno infatti pagare un contributo aggiuntivo dell' 1,4% sulla retribuzione imponibile (che va a finanziare l'Aspi), con l'intento di dissuadere dall'utilizzo di tale istituto. Infine, un intervento spesso misconosciuto anche in Italia, riguarda le cd. imprese start up innovative (art. 28 legge n. 221/ 2012) che possono stipulare contratti a tempo determinato "acausali" per un periodo di 4 anni dalla data di costituzione «qualora il contratto a tempo determinato, anche in somministrazione, sia stipulato da una start-up innovativa per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale della stessa».

Anche alla luce di questo intervento normativo che possiamo definire "minore", la direzione del legislatore negli ultimi anni appare pertanto abbastanza delineata nell'ottica di una sempre maggior liberalizzazione delle ragioni che consentono ai datori di lavoro di stipulare rapporti a tempo determinato.

FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS IN LUXEMBOURG

Christian Deprez
Collaborateur de recherche-Droit Luxembourgeois
Université du Luxembourg

Introduction

In 2010, temporary contracts represent 9.2% of the total number of contracts, (4.8% directly concluded with the employer, and 3.5% through agencies). This rate has increased during the period 2006-2010 of two percentage points.

The fields where temporary contracts are the most widespread are administrative services and support, education, services activities in general, healthcare and building sector.¹

1. Is it possible to subscribe temporary employment contracts in Luxembourg? What is the principle that governs temporary work?

It is, in fact, possible to hire employees using temporary employment contracts in Luxembourg. However, as such contracts derogate from the general principle of employment contract of permanent duration as the general form of employment relations, the use of a temporary employment contract is only permitted under certain conditions and with certain limitations².

The rules authorizing temporary employment contracts rise to the level of public policy provisions; thus, they are mandatory and cannot be modified, even through mutual agreement of the parties.³

In Luxembourg, temporary employment is only contemplated in two specific situations:⁴

¹ Source:<http://www.statistiques.public.lu/catalogue-publications/bulletin-Statec/2012/PDF-Bulletin2-2012.pdf> p.26 and following

² Regarding temporary employment: some specific legal regimes exist also, (i.e. employment contracts for artists, academics etc.), but those contracts are the exception and are mentioned in the current footnote but will remain out of the scope of this report, as it deals with the general applicable rules regarding the temporary contracts in Luxembourg.

³ Art. L. 010-1 7. 8. of the Luxembourg Labor Code

⁴ Some specific cases exist also: one can mention for example the temporary lending of staff upon authorization of the Ministry of Employment, from a company to another, but this will not be taken into account in this report since first, the material scope is very limited and second, because it does not imply that the staff lent by the providing company is hired temporarily. One can mention also the apprenticeship

1. An employer enters into a fixed-term employment contract directly with the employee; or
2. An enterprise asks a third party (i.e., an employment agency) to temporarily make one or more members of its staff available to him. Only specific employment agencies (*les entreprises de travail temporaire*) are authorized⁵ to make staff available to such enterprise for a limited period, and the provision thereof must be undertaken pursuant to a so-called mission contract (*“contrat de mission”*). Thus, the employer is the agency, and the enterprise using the services of the agency’s employee is the “using enterprise” (*“entreprise utilisatrice”*).

2. Which temporary employment contracts exist in Luxembourg? In which cases can these temporary employment contracts be used and what is their legal regulation?

- Temporary employment contracts are contemplated by Luxembourg’s Labor Code but collective bargaining agreements may also regulate an enterprise’s use of short-term employment through authorized agencies.⁶

Regardless of which of the two authorized temporary employment arrangements is used, the employer may only use short-term employment contracts for a specific and temporary task (*“tâche précise et non durable”*)⁷ such as temporarily replacing an existing employee, seasonal activities, an exceptional one-time increase in workload. In addition, this framework contemplates the recruitment of specific categories of workers (e.g., disabled persons, recently-released prisoners⁸), or recruitment intended to help unemployed persons reenter the workforce⁹, or provide professional training.

- Moreover, regardless of the type of authorized temporary arrangement, short-term employment contracts must comply with all other regulations that apply to every

/ the vocational training contract, but they are performed in the framework of a general and theoretical education.

⁵ Art. L. 131-1 & 2 of the Luxembourg Labor Code

⁶ Art. L. 122-1 and following (short-term employment contract with the enterprise itself) and L. 131-1 and following of the Labor Code + collective bargaining agreements related to short-term contracts with an authorized agency, enforced by Grand-Ducal Decree dated 23th October 2011 (short-term contract with an authorized agency).

⁷ Art. L. 122-1 (short-term employment contract with the enterprise itself) and L. 131-1 (short-term employment contract with an authorized agency) of the Labor Code.

⁸ Art. L. 122-1 8, which encompasses specific categories of job seekers.

⁹ Art. L. 122-1 9 of the Labor Code

standard employment contract,¹⁰ including provisions establishing the form thereof and mandatory information to be included therein.

Finally, every short-term employment contract must satisfy certain additional formal requirements specifically adapted to them. For example, it must include a statement that it is for a defined period, justifications for using a fixed-term contract, and specify its precise duration (including end date) as well as any trial period.¹¹

A failure to state, within the contract, the limited duration of the employment or the temporary task which is the object thereof, results in said contract being irrefutably deemed to be an employment contract for an unspecified duration,¹² subject to all employee rights and benefits attributable thereto.

If, on the one hand, the short-term employment contract is entered into directly with the enterprise, it may be extended twice for a maximum aggregate extension of 24 months.¹³ If, on the other hand, the short time contract is entered into with an authorized agency, it can also be extended twice, but the maximum aggregate extension period is reduced to 12 months.¹⁴

If either type of contract is extended more than twice, or the extended duration exceeds the applicable maximum aggregate extension period, the contract automatically and irrefutably converts to an employment contract for an unspecified duration, subject to all employee rights and benefits attributable thereto. The final employer in such cases will depend on the nature of the original contract. If the original employment contract was a direct contract between the worker and the enterprise, the enterprise becomes the long-term employer; if, however, the original employment contract was between the worker and the authorized agency, the end user becomes the long-term employer.¹⁵

¹⁰ Art. L 122-10 of the Labor Code

¹¹ Art. L. 121-4 and L. 122.2 of the Labor Code

¹² Art. L. 122-2 of the Labor Code

¹³ Art. L.122-4 of the Labor Code

¹⁴ Art. L. 131-8 of the Labor Code

¹⁵ Art. L. 131-10 & L.122-6 of the Labor Code

3. Does the legal regulation in Luxembourg recognize temporary workers a preferential right to occupy a permanent job in the company?

In short, there is no preferential right granted to a temporary worker to occupy a permanent position in the enterprise.

4. Does the legal system in Luxembourg allow differences in the working conditions of permanent and temporary workers? Does the reality in the labor market fulfill this regulation?

When the temporary employment contract is entered into directly with the enterprise, temporary workers and permanent employees are equally entitled to all legal and collective bargaining provisions,¹⁶ once any applicable trial period has passed (there is no obligatory trial period under the law). After any such trial period, the parties to the employment contract have the right to performance thereof until its defined term expires.¹⁷ If one party breaches his duty to continue, that party will be liable to the other for breach of contract and must pay a specific penalty to the other for compensation. However, such temporary employment contracts may be terminated early in case of force majeure, by mutual agreement of the parties, or following serious misconduct (“*faute grave*”) by one of the parties.

When an agency provides its staff to an enterprise pursuant to a mission contract, a legal relationship, although not an employment relationship, automatically comes into effect between the enterprise and the temporary worker, which legal relationship grants the temporary worker certain rights and imposes certain duties on the enterprise that may be enforced judicially, and that are very close to the ones granted to the employees of the end user:

- Trade union rights: Although the worker is not entitled to all the rights of a trade union member (e.g., the worker cannot become a representative of the trade union in the enterprise), the worker may benefit from the services offered to trade union members (e.g., obtain advice regarding rights within and without the enterprise).
- Inclusion in the enterprise’s staff calculations: The enterprise must count temporary workers, even if supplied by an agency, when calculating the number of its employees, which prevents the enterprise from artificially reducing its numbers to avoid surpassing thresholds that affect its social obligations.

¹⁶ Art. L. 122-10 of the Labor Code

¹⁷ Art. L. 122-13 of the Labor Code

- The use all enterprise facilities: The worker has the right to use the enterprise's facilities (e.g., canteens, parking facilities) on the same terms and conditions as long-term employees.
- Benefit of all occupational health, safety, and welfare rules, including hygienic standards, protective gear, etc.
- Vacation and holiday benefits are to be computed on a *pro rata temporis* basis while the temporary worker works at the enterprise.
- Benefits arising from seniority: a temporary worker benefits from any privileges associated with seniority.
- Equal compensation: a temporary worker has the right to the same compensation as a long-term employee in the same role with the same qualifications would receive or that which is established in any applicable collective bargaining agreement.

5. What is the role of Temporary Employment Agencies in regard to temporary work?

As previously mentioned, only authorized temporary employment agencies may provide temporary workers to fulfill a requesting enterprise's needs (and then only pursuant to a valid mission contract), which agencies are expected to respond to in a timely and flexible manner. Only such agencies may assume responsibility for certain aspects of the recruitment and candidate selection process and, in the capacity of employer, handle the necessary administrative procedures with respect to the temporary workers while the mission contract remains in effect.

6. Which is the legal regulation regarding the expiry of temporary employment contracts? Specifically, does the legal regulation recognize compensations to workers for the expiry of the temporary employment contract?

No additional compensation is provided to temporary workers at the stated expiration of the temporary employment contract. If, however, a temporary employment contract is terminated by the end user¹⁸ prior to its stated expiration date, the temporary worker is entitled to an amount equal to the compensation he/she would have received if the contract had expired in accordance with its terms, except that such compensation cannot

¹⁸ On the other side, if the contract is terminated by the employee, the employer can ask a compensation amount corresponding to the prejudice actually suffered, up to the same ceiling.

never exceed the amount he/she would have received after the expiration of the termination notice period of an employment contract for an unspecified duration.¹⁹

7. Which consequences arise from the breach of the legal regulation of temporary employment contracts?

Any infringement of the regulation of the “mission contract” (*contrat de mission*) determines the recognition of the existence of an employment contract of permanent duration between the end user and the agency worker (Article l. 131-8, 133-2 Cd. Tr.).

In case of any infringement, the agency and the end user are jointly responsible for payment in wages, indemnities, fiscal and social contributions (Article l. 133-3 Cd, Tr.).

8. Does the legal regulation of temporary employment contracts include provisions designed to prevent fraud on temporary work?

Because the regulations relating to temporary employment rise to the level of public policy, the parties to temporary employment contracts may not modify or derogate from such regulatory protections by mutual agreement. Moreover, as the sanction for a violation of such regulatory protections (e.g., failure to comply with formal contract requirements, unlawful termination, unequal treatment) is the irrefutable assumption of a long-term employment contract, the potential imposition thereof might, to a certain extent, be considered a provision designed to prevent fraud on temporary workers.

9. What is the role of collective bargaining in Luxembourg in regard to temporary employment contracts?

Temporary employment contracts may benefit from the benefits of one or more collective bargaining agreements.

For any particular temporary employment contract, there might be a collective bargaining agreement that applies to the specific contract because it affects the specific employer, be it the enterprise or the authorized agency. In principle, if the contract is made directly with the enterprise, no distinction can be made between the enterprise’s long- and short-term employees; thus, any collective bargaining agreement applicable to that enterprise will also apply.

Moreover, there is a specific collective bargaining agreement²⁰ that applies to temporary workers employed by an authorized agency. In its preamble, it states:

¹⁹ Art. L-131-16.

“This collective labor agreement aims to ensure the coordination of the work conditions, the safeguard of social peace at the enterprise and professional levels, as well as ensuring the action of the social partners against unfair competition and illegal employment, provided that the collective agreement is declared generally binding accordance with the legal provisions relating thereto”.

²⁰ See note 4.

FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS IN SPAIN

Manel Luque Parra, Professor of Law

Anna Ginès i Fabrellas, Lecturer

Labor Law and Social Security, Universitat Pompeu Fabra

Introduction

Temporary work in Spain is quantitatively significant. Even though, as we will analyze in **Q.1**, temporary employment contracts are the exception in the Spanish labor-legal system, the number of employees with a contract of limited duration is very high.

In this sense, according to the Labor Force Survey from the fourth trimester of 2013, 23.9% of the total number of employed workers has a short-term labor contract. The percentage of contracts of limited duration is especially high the agricultural (64.3%) and construction (34.5%) sectors. It is also important to point out that, in Spain, the rate of contracts with limited duration is gender biased, as the percentage of male employees with a short-term contract is 22.7%, while female employees is 24.8%.¹

The percentage of temporality has decrease since the beginning of the economic crisis in 2008 from 29.3% to the current 23.9%, undoubtedly due to the exponential increase in the percentage of unemployed workers from 13.91% in 2008 to 26.03% nowadays. Consequently, it is not possible to state that temporality in Spain has, in fact, decreased. In spite of the above, Spain is still one of the countries in the European Union with a higher rate of fixed-term contracts. It's percentage of temporary work clearly exceeds the mean of the European Union (13.7%) and the Euro area (15.2%), and is astronomically higher than the one registered in the United Kingdom (6.3%), Belgium (8.1%), Norway (8.4%) or Germany (13.9%).²

1. Is it possible to subscribe temporary employment contracts in Spain? What is the principle that governs temporary work?

Yes. Section 15.1 of the Workers' Statute (*Estatuto de los Trabajadores*, hereinafter, ET) states that the employment contract can be subscribed for an indefinite period or with limited duration.

¹ Labor Force Survey (Encuesta de Población Activa), available at: http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_inicio.htm.

² Eursotat, 2012, available at:

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/employment_unemployment_lfs/data/main_tables

Nonetheless, as mentioned, temporary employment contracts are (or should be) the exception, while the fix-term contract is the general rule in the Spanish labor-legal system. The principle that governs temporary work is a causality principle. That is, temporary employment contracts can only be subscribed when there is a cause specifically provided for in the legislation.

The legal causes that allow the subscription of a temporary employment contract are, in general, related with the existence of a temporary factor. Temporary factor that is justified by a) the characteristics of the work (temporary replacement of absent workers, increase in workload or specific project or service) or b) the workers' characteristics (training, internship or professional experience).

2. Which temporary employment contracts exist in Spain? In which cases can these temporary employment contracts be used and what is their legal regulation?

There are three main temporary employment contracts (section 15 ET):

- a) Specific project or service contract (*contrato de obra y servicio determinado*): it is possible to subscribe a temporary employment contract for the realization of a specific project or service when (i) this project or services has substantive autonomy within the company's activity and (ii) the duration is, even though short-term, uncertain. This contract has a maximum duration of 3 years, which can be extended to 4 years through a collective bargaining agreement. It is interesting to note that this limitation does not apply in the construction and public sectors.
- b) Temporary contract (*contrato eventual*): when, as a result of market circumstances, backlog or over-ordering, companies require additional workforce, it is possible to subscribe a temporary contract. This contract has a maximum duration of six months in a period of twelve; maximum duration that can, nonetheless, be extended through collective bargaining agreements with a maximum of twelve months in a period of eighteen.

As a result of a recent legislative reform, this contract is also available when hiring young (less than 30 years old) unemployed workers with no or little (less than three months) professional experience (section 12 RDL 4/2013, February 22, of measures to support entrepreneurship and to stimulate growth and job creation). In this case, the employer can freely use this contract, without having to justify market circumstances, backlog or over-ordering. This contract has a minimum duration of three months and maximum of six or twelve if provided in collective

bargaining agreement. This contract, nonetheless, can only be used as long as the unemployment rate in Spain exceeds 15%.

- c) Substitute contract (*contrato de interinidad*): it is also possible to subscribe a temporary contract for the substitution of workers on leave. In this case, it is necessary to state the name of the absent worker and the cause of the substitution. There is no maximum duration for this contract, as it must cover the whole duration of the substitution.

This contract can also be used to cover a vacancy during the selection or promotion process. In this case, the maximum duration is (i) 3 months when this vacancy is in the private sector or (ii) the finalization of the process when it is in the public sector.

Furthermore, there are two more employment contracts that, even though they are aimed at training of young workers, are of fixed-term nature (section 11 ET):

- d) Internship contract (*contrato en prácticas*): this contract is aimed at young workers with a college degree or a degree in professional training with the objective of allowing them to obtain professional practice. This contract can only be subscribed within five years after obtaining the degree (seven for disabled workers) and has a minimum duration of six months and a maximum of two years. Collective bargaining agreements can determine the duration for this contract in their sector, respecting, obviously, these limits.
- e) Training contract (*contrato para la formación y el aprendizaje*): as opposed to the previous contract, this contract is aimed at workers between sixteen and twenty-five years old without professional training or college degree. The aim of this contract is to combine paid work with training activities aimed at obtaining a professional training degree. This contract has a minimum duration of one year and a maximum of three years. Nonetheless, collective bargaining agreements can establish the duration of the contract, according to the organizational and productive needs of the company, without exceeding this minimum and maximum duration.

3. Does the legal regulation in Spain recognize temporary workers a preferential right to occupy a permanent job in the company?

No. The Spanish legal regulation does not recognize temporary workers a preferential right to occupy a permanent job in the company.

Nonetheless, section 15.7 ET provides that collective bargaining agreements will be able to establish objective criteria and conversion commitments of fixed-term or temporary contracts into permanent ones.

Furthermore, this section also imposes the employer's obligation to inform temporary workers of a permanent position in the company and collective bargaining agreements can include measures to facilitate the effective access of temporary workers to continuing education and training so as to improve their skills and encourage progression and professional mobility.

4. Does the legal system in Spain allow differences in the working conditions of permanent and temporary workers? Does the reality in the labor market fulfill this regulation?

No. The Spanish legal system does not allow differences in working conditions of permanent and temporary workers. Section 15.6 ET states that workers with fixed-term contracts will have the same rights as those with permanent contracts.

These rights, when appropriate in view of their nature, will be recognized proportionately to the time worked. The proportionality principle, however, does not apply to seniority, which shall be computed in the same basis for all workers – temporary and permanent workers–.

There are, nonetheless, two exceptions to this general rule of equal working conditions for fixed-term and indefinite contracts:

- Economic compensation for expiry of the employment contract (see **Q.6**).
- Wage for workers with an internship contract (*contrato en prácticas*), according to section 11.1.e) ET, can never be less than 60% during the first year or 75% during the second year of a permanent worker's salary with the same or equivalent job.

In spite of the general principle, in reality there are important differences in working conditions of workers with fixed-term and permanent contracts. According to Annual Wage Structure Survey for 2011,³ short-term contract had significantly lower annual average earnings. While permanent workers had annual average earnings of 24.494,96€, temporary worker's annual average earnings was of 16.463,14€.

³ Annual Wage Structure Survey (*Encuesta Anual de Estructura Salarial*), available at: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/p133/cno11/serie/&file=pcaxis>.

5. What is the role of Temporary Employment Agencies in regard to temporary work?

Temporary Employment Agencies in Spain are regulated in Law 14/1994, June 1st, that regulates Temporary Employment Agencies (*Ley 14/1994, d'1 de juny, per la que es regulen les Empreses de Treball Temporal*; hereinafter LETT) and play a very important –quantitatively– role in regard to temporary work.

In this sense, in 2013 there are 279 Temporary Employment Agencies in Spain and they have subscribed a total of 1.788.133 provision contracts (*contrato de puesta a disposición*) with 1.085.329 agency workers.⁴ When taking into account the sector, five sectors accumulated 83,8% of the total number of provision contracts subscribed in 2013: “Manufacturing industry” (27,8%), “Agriculture, ranching and fishing” (17,7%), “Hotel industry” (16,6%), “Transport and storage” (11,5%) and “Trade industry and vehicles repair” (10,2%).

Companies can resort to Temporary Employment Agencies, according to section 6 LETT, for the same reasons for which they can resort to fixed-term contracts (see **Q.2**), including –since recent legislative reforms–⁵ internship and training of workers (*contrato en prácticas* and *para la formación y el aprendizaje*).

Agency workers must enjoy the same basic working and employment conditions that would apply had they been recruited by the user company undertaking to occupy the same job (section 11.1 LETT). That is same working conditions regarding salary, working time, overtime, rest periods, night work and holidays.

6. Which is the legal regulation regarding the expiry of temporary employment contracts? Specifically, does the legal regulation recognize compensations to workers for the expiry of the temporary employment contract?

As a result of the expiry of a fixed-term employment contract, the worker has the right to obtain an economic compensation equivalent twelve days of salary per year of service or proportionately (section 49.1.c) ET). This compensation, however, does not

⁴ Data for the months of January to October 2013 of the Spanish Ministry of Employment and Social Security (available at: <http://www.empleo.gob.es/series/>).

⁵ See section 6.2 LETT, reformed by RDL 4/2013, February 22, 4/2013, of 22nd February, on measures to support entrepreneurs and to stimulate growth and job creation (*Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*) and RDL 16/2013, December 20th, on measures to promote stable employment and improve employability (*Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*).

apply to substitute (*contrato de interinidad*), internship (*contrato en prácticas*) or training contracts (*contrato para la formación y el aprendizaje*).

This economic compensation was increased from eight days of salary per year of service to twelve in 2010 (*Ley 35/2010, 17 de setiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*). And even though section 49.1.c) ET states this economic compensation, it is important to note that twelve days of salary per year of service will only be applicable in contracts subscribed from January 1st 2015 (transitional provision n° 13). Temporary contracts subscribed between January 1st and December 31st 2014 will obtain a compensation equivalent to eleven days of salary per year of service.

This economic compensation, however, is applicable as a result of the expiry of the temporary employment contract. In case of termination before expiration date, workers receive a much higher compensation (equivalent to that received by permanent workers):

- 20 days of salary per year of service to twelve, with a maximum of 12 monthly salaries in case of termination of the contract for objective reasons (*extinción del contrato por causas objetivas* - section 52 ET) or collective dismissal (*despido colectivo* - section 51 ET) (section 53.1 ET).
- 33 days of salary per year of service, with a maximum of 24 monthly salaries in case of wrongful dismissal (section 56.1 ET).
- Reinstatement in case of wrongful dismissal and violation of fundamental rights (section 55.5 ET).

7. Which consequences arise from the breach of the legal regulation of temporary employment contracts?

The most important consequence that arises as a result of a breach of the legal regulation regarding fixed-term contracts is the presumption in section 15.3 ET. This section states that those temporary contracts subscribed evading the law will be presumed to be indefinite contracts.

Nonetheless, in this context, it is important to take into account the significance of this presumption. Although an important number of conversions of fixed-term contracts to permanent contracts are determined by the Labor Inspection (labor authority), the fact is that usually this conversion is a judicial declaration as result of a complaint once the fixed-term contract has expired and in the context of a dismissal action. In these cases, the judicial declaration of illegality of the fixed-term contract implies that, as a result,

the expiry of the contract is considered unfair (*despido improcedente*) and the employer's choice of compensation (33 days of salary per year of service, proportional to the time worked, with a maximum of 24 monthly salaries) instead of readmission.

Furthermore, section 7 of the Law on Offences and Penalties in the Social Order (*Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social*; LISOS, hereinafter) qualifies as a serious infraction the breach of the legal regulation regarding temporary employment contracts. This infraction can lead to an economic sanction between 626€ and 6.250€.

8. Does the legal regulation of temporary employment contracts include provisions designed to prevent fraud on temporary work?

Yes. The Spanish legal regulation of fixed-term employment contracts includes a very important provision specifically designed to prevent fraud on temporary work. That is the “chaining rule of temporary contracts” regulated in section 15.5 ET.

According to this rule, those workers that, in a period of 30 months have been hired for more than 24 months with two or more temporary contracts...

- with or without interruption;
- for the same or different work place;
- with the same company or holding;
- directly or through an employment agency;
- with the same or different type of fixed-term contract

...will be considered as permanent workers in the company.

This rule does not apply to substitute (*contrato de interinidad*), internship (*contrato en prácticas*) or training contracts (*contrato para la formación y el aprendizaje*).

This “chaining rule” is designed to avoid fraud, as it assumes that more than 24 months in a period of 30 exceeds the reasonable duration of a fixed-term necessity and, thus, requires a permanent contract.

It is interesting to note that, as a result of the economic crisis and the extremely high unemployment rate in Spain, this “chaining rule” was suspended from August 31st 2011 to December 31st 2012. This means that those contracts subscribed during this period of time will not be taken into account when computing the number of months worked by a specific worker.

The Spanish legal regulation includes other provisions designed to prevent fraud or irregularities on temporary work. For example, section 11.1.c) ET prevents subscribing an internship contracts (*contrato en prácticas*) for more than two years (a) for the same company even under different degree and (b) with the same or different company under the same degree. In this sense, in regard to the training contract (*contrato para la formación y el aprendizaje*), section 11.2.c) ET prevents subscribing this contract for the same or different company under the same professional training. And it prohibits this contract when de worker, even without a degree, has professional experience in regard to the work place (more than twelve months).

9. What is the role of collective bargaining in Spain in regard to temporary employment contracts?

There are multiple references in the legal regulation of fixed-term contracts to collective bargaining. In summary, collective bargaining agreements can:

- a) Determine or, in some cases, increase the maximum duration of temporary employment contracts

For example, section 15.1.a) ET, as mentioned, allows collective bargaining agreements to extend the maximum duration of the specific project or service contract (*contrato de obra y servicio determinado*) twelve months (from three to four years). Also, section 15.1.b) ET allows collective agreements to increase the maximum duration of the temporary contract (*contrato eventual*) from six months in a period of twelve to twelve months in a period of eighteen. Section 11.1.a) ET in regard to the training contract (*contrato para la formación y el aprendizaje*), also enables collective bargaining agreements to determine those jobs, groups, levels or occupational categories covered by this contract.

- b) Identify those jobs or tasks that can be covered with fixed-term contracts

For example, in regard to the specific project or service contract (*contrato de obra y servicio determinado*), collective bargaining agreements can determine those jobs with substantive autonomy within normal activity of the company and, thus, can be covered with this type of contract.

c) Set maximum number or rate of temporary contracts

For example, according to section 15.1.b) ET in regard to the temporary contract (*contrato eventual*), collective bargaining agreements can set general criteria in regard to the rate of temporary contracts with the total workforce of the company.

d) Establish objective criteria or conversion commitments of fixed-term contracts into permanent contracts

As mentioned above in **Q.3**, section 15.7 ET provides that collective bargaining agreements will be able to establish objective criteria and conversion commitments of fixed-term or temporary contracts into permanent ones.

e) Establish measures aimed at fraud prevention

Finally, collective bargaining agreements can establish requirements aimed at preventing an irregular or fraudulent use of fixed-term contracts, so as to avoid that one same job or workplace is covered, with or without interruption, with different workers.

In spite of the above, Spanish collective bargaining agreements generally increase the maximum duration of temporary employment contracts and very few include measures designed to restrict fixed-term contracts or temporary work.

10. Other relevant aspects regarding temporary employment contracts

Even though, as mentioned in **Q.2**, there are different types of fixed-term contracts in the Spanish legal system, it is important to stand out that, in essence, there are two fixed-term contracts in Spain: specific project or service contract (*contrato de obra y servicio determinado*) and temporary contract (*contrato eventual*). According to the Labor Force Survey from the fourth trimester of 2013, these two contracts represented the 39.58% and 20.10%, respectively, of all temporary employment contracts.⁶

In the context of fixed-term employment contracts, it is interesting to point out the important number of legislative reforms carried out in recent years with the aim of – according to the legislator – promote indefinite contracts and job security. In this sense, see Law 3/2012, July 6th, of urgent measures to reform the labor market (*Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*) and, most recently, RDL 3/2014, February 28, of urgent measures to promote employment and

⁶ Labor Force Survey (Encuesta de Población Activa), available at: http://www.ine.es/inebaseDYN/epa30308/epa_inicio.htm.

permanent employment (*Real Decreto-ley 3/2012, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el foment del empleo y la contratación indefinida*) that reduced the employer's contribution to Social Security (reduced flat rate).

Among other –important– normative reforms, the 2012 labor reform introduced a new type of indefinite contract specifically aimed at companies with less than 50 workers: indefinite employment contract support to entrepreneurs (*contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores*).⁷ The most important feature of this contract is that it establishes a trial period (*periodo de prueba*) of one year. In spite of the intent –according to the law's preamble– of promoting permanent contracts, an important sector of the doctrine has described this contract as a temporary contract undercover, infringing ILO Convention 158.

⁷ Section 4 Law 3/2012.

FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS IN THE UNITED KINGDOM

Roger M Walden MA LLB
Lecturer in Labor & Employment Law
Manchester Business School, University of Manchester

Introduction

According to the latest available figures from the Office for National Statistics ('ONS') and based on the United Kingdom Labour Force Survey, there were almost 1.6 million 'temporary employees' in the period August-October 2013. This amounted to some 6.2% of 'all employees' (somewhat higher than their proportion of the *entire* workforce, including the 'self-employed'). This number increases substantially, however, if account is taken of those undertaking temporary work or engagements *through* temporary employment agencies (on this see **Q.5** below).

1. Is it possible to subscribe temporary employment contracts in the UK? What is the principle that governs temporary work?

What may colloquially be termed 'temporary employment contracts' can cover a wide variety of factual situations, including various forms of casualised, seasonal, insecure and precarious employment. Such engagements do not, however, form a separate or special category in UK law and determination of their legal status is subject to the same principles that are applied to any employment relationship. It follows that many -but by no means all- temporary engagements will be classified as 'contracts of employment' like any other, save in respect of their projected or likely duration and continuity. There is, therefore, *no* central guiding legal principle governing or statutory bar on their use by employers.

2. Which temporary employment contracts exist in the UK? In which cases can these temporary employment contracts be used and what is their legal regulation?

Certain types of temporary employment contracts are, however, specifically identified for the purpose of ensuring, in particular, that they are covered by certain core statutory employment protection rights, including unfair dismissal and redundancy payments rights under the *Employment Rights Act 1996* ('*the ERA*' -on these see further **Q.6** below) and the *Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment Regulations) Regulations 2002* ('*the FTE Regs*' -these provisions having been enacted to give effect to the *EU Fixed-term Work Directive* [No.99/70/EC - '*the FWD*']. These are known collectively as 'limited-term' or 'fixed-term' contracts and comprise:

- Contracts for an identifiable and fixed duration that will normally terminate on the expiry of that term;
- Contracts of limited but uncertain duration that will normally terminate on the completion of a specific task or project; and
- Contracts that will normally come to an end on the occurrence or non-occurrence of a specific event (for example, withdrawal or loss of external funding).

These remain fixed or limited-term contracts even if they contain a term allowing for termination before normal expiry (see *Allen v national Australia Group Europe Ltd* [2004] IRLR 847). But in *all* cases they must be ‘contracts of employment’. In the UK this question is determined according to *common law* (as opposed to statutory) principles developed by the judiciary themselves over time on a case by case basis. The key factors taken into account are whether there is a ‘sufficient framework of control’ over putative ‘employees’; that ‘employees’ are wholly or predominantly required to carry out the work or labor themselves (that is, the requirement of ‘personal service’); and that there is an ongoing minimum ‘mutuality of obligation’ on the employer to offer work if it is available and on ‘employees’ to accept it if it is offered. Temporary employees working under such contracts will therefore in principle have access to the *full* range of statutory and other legal rights applicable to permanent employees.

Indeed, UK legislation further recognizes a broader category of ‘workers’ -who may not be ‘employees’ as just defined- but who nevertheless have access to a much narrower range of basic *minimum* rights, most notably the National Minimum Wage (*‘the NMW’*) and protection under the *Working Time Regulations 1998* (*‘the WTR’* - including statutory minimum paid annual leave). Such ‘workers’ -though ostensibly ‘self-employed’ and not ‘employees’- will be under contracts that require them to personally provide their own work or labor; actually work for one main employer for a significant period of time and so be in a similar position of ‘dependence’ as an employee; and not be a professional providing services to a client or a business providing services to a customer (see, for example, *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird and others* [2002] IRLR 96). The key in this latter regard is that ‘workers’ will not be advertising or holding out their services to the ‘whole world’. This generally excludes those working in the ‘established professions’ (such as barristers, solicitors, accountants and architects), shop owners and domestic household tradespersons (such as household plumbers, painters and decorators and cabinet makers -see *Cotswold Developments Construction Ltd v Williams* [2006] IRLR 181, esp p.188).

3. Does the legal regulation in the UK recognize temporary workers a preferential right to occupy a permanent job in the company?

Under the *FTE Regs*, an employee who been continuously employed for at least four years' under successive or renewed fixed or limited-term contracts, is *presumed* to be 'permanent', unless the contract in question was 'justified on objective grounds' at the time it was entered into or on its last renewal. This means it must be 'justified by precise and concrete factors' in the specific case and context in which it occurred and 'on the basis of objective and transparent criteria' that demonstrate that the continued use of a fixed-term contract was a response to a 'genuine [business] need' or objective, was appropriate for achieving that objective and necessary for that purpose (see the ECJ's ruling in *Del Cerro Alonso* [2007] IRLR 911).

It is further suggested by the Employment Tribunal decision in *Ball v University of Aberdeen* [2008] that consideration of whether the use of fixed term contracts in pursuit of the employer's alleged business reason or objective -in this case coping with the fact that research funding from grant giving bodies and institutions was short term- was appropriate and necessary requires a consideration of *both* the advantages to the employer *and* the disadvantages to the employee. The latter included the uncertainty of future employment; disadvantages in terms of career progression and professional development; and potential difficulties in obtaining credit or mortgage facilities.

Employees can request a statement of permanency under *the FTE Regs*, and the employer must provide either such a statement *or* a statement outlining its reasons (i.e. its objective justification) for continuing to employ them on a fixed or limited-term basis within twenty-one days of the request. If employees have requested such a statement and either it has not been received within the 21-day period or they believe the objective justification given to be insufficient they can seek a declaration of permanency from an Employment Tribunal.

4. Does the legal system in the UK allow differences in the working conditions of permanent and temporary workers? Does the reality in the labor market fulfill this regulation?

Those employed under the types of fixed or limited-term contracts identified in **Q.2** above are in principle protected by the *FTE Regs* against 'less favourable treatment' and discrimination in relation to a 'comparable permanent employee' (doing the same or broadly similar work) in respect of the terms of their contract (including pay) or being subjected to any other 'detriment' (that is, any disadvantage) by their employer, unless such treatment can be 'justified on objective grounds' (on this see again **Q.3** above).

This includes the right not to be less favourably treated in relation to any qualifying period of service relating to any particular condition of service (for example, access to an employer pension scheme); the opportunity to receive training; or the opportunity to secure a permanent position in the employer's establishment. In order to secure the latter right, such employees must be informed by their employers of 'any available vacancies'.

However, there is significant evidence from across Europe that taken as a whole temporary employees are likely to have poorer job quality and be paid less than their permanent counterparts (see, for example, Eurofound (2012); Santangelo (20011); Comi and Grasseni (2012)). But in reality temporary employee are not a uniform group and this negative wage effect varies across the wage distribution. In relation to the UK, Santangelo (2011: 24) suggests that the negative wage effect is most noticeable between the 20th and 60th percentiles and peaks at 13.6% at the 40th percentile 'meaning that that workers with a wage close the median are the ones more likely to be affected by a wage loss associated to the temporary contract'. As a leading UK labor market expert, Anthony Rafferty, from Manchester Business School explains:

The problem is that the survey data groups a lot of different situations together. So there is the temporary IT consultant who is earning well and the temporary meat packer. At the lower end of the distribution, when you compare people with similar experience and qualifications one issue is that even permanent jobs are quite poorly paid (ie there is compression driven by companies of low paid work regardless of type of contract towards the minimum wage).

And the relative weakness of the legal provisions outlined above can exacerbate the problems faced by temporary employees in challenging any pay (or other) discrimination. For example, it may often be difficult to identify an *existing* comparable permanent employee, since the *FTE Regs* do not permit the construction of hypothetical comparators or comparison with *past* permanent employees. There have accordingly been relatively few successful claims brought in Employment Tribunals under the *FTE Regs* since they came into force.

5. What is the role of Temporary Employment Agencies in regard to temporary work?

ONS figures for the slightly earlier period July-September 2013 indicate that of just over 1.6 million 'temporary employees' some 274,000 (around 16.8%) described themselves as undertaking 'agency temping'. This almost certainly substantially underestimates the overall number of agency workers and the role of temporary employment agencies in the UK. Indeed, the 2013 Economic Report from CIETT (the

International Confederation of Private Employment Agencies) estimates that in 2011 there were just over 1 million agency workers in the UK representing some 3.6% of the entire working population, the highest percentage proportionately in Europe. The disparity between these figures is largely explained by the fact that only a minority (albeit a growing minority) of agency workers are directly employed or regard themselves (whether rightly or wrongly) as directly ‘employed’ *by* an agency. The remainder are either not so employed and/or consider themselves to be ‘self-employed’ or ‘freelance’ and obtaining work or assignments *through* an agency.

Under the *Agency Workers Regulations 2010* (*the AWR*), after 12 continuous calendar weeks in the same role during one or more assignments with the same hirer, agency workers in principle enjoy the right to equality of treatment in relation to pay, working time, night work, rest periods, rest breaks and annual leave with comparable directly employed employees. The AWR purport to implement the *EU Directive on Temporary Agency Work* (No.2008/104/EC – *the TAW Directive*). For detailed guidance on the scope and substantive content of *the AWR* see www.bis.gov.uk/.../11-949-agency-workers-regulations-guidance.pdf. Agency workers are also specifically covered by the National Minimum Wage and the WTR even if they are not otherwise ‘employees’ or workers (see **Q.2** above).

However, there has been growing concern in the UK over an increasing reliance by agencies on what is known colloquially as the ‘Swedish Derogation’. This is built into *the AWR* and, briefly, provides that the principle of *pay* equality does not apply if agency workers are *directly* employed by an agency under a ‘permanent contract of employment’. But this ‘permanent’ contract is potentially extremely limited. Thus, the agency needs only to pay such ‘employees’ for at least four weeks *between* assignments with a ‘hirer’ at 50% of the ‘highest level of pay received’ in the last 12 weeks (at maximum) of their previous assignment. Crucially, these contracts can be entered into prior to *any* assignment and not just before a worker’s first assignment on ‘joining’ an agency (see *Bray & others v Monarch Personnel Refuelling UK Ltd* Employment Tribunal Case No. 1801581/2012).

6. Which is the legal regulation regarding the expiry of temporary employment contracts? Specifically, does the legal regulation recognize compensations to workers for the expiry of the temporary employment contract?

As discussed in **Q.2** above, the certain types of fixed or limited-term contracts of employment are expressly recognized under UK law and their termination and non-renewal in the ‘normal’ circumstances described is statutorily deemed to be a

‘dismissal’ for the purposes of *unfair dismissal* and *redundancy payments* rights under *the ERA*.

Unfair Dismissal rights in outline:

In relation to unfair dismissal protection, an employee must normally have been continuously employed by the employer for at least *one year* if employed before 6 April 2012 or for *two years* if employed on or after that date. We discuss the particular problems faced by temporary employees in establishing continuity of employment in **Q.8** below.

There are nevertheless a growing number of circumstances in which the right not to be unfairly dismissed applies from *day one* of employment. These so-call ‘*automatically unfair*’ reasons for dismissal include, among others, cases where the reason or principle reason for dismissal relates to: trade union membership and activities; pregnancy and maternity; whistleblowing; or certain health and safety functions or complaints. The *FTE Regs* adds to this list of automatically unfair reasons the dismissal of an employees (whether by non-renewal of a fixed or limited-term contract or otherwise) for seeking to enforce the rights addressed in **Q.3** and **Q.5** above.

If there is no such automatically unfair reason, the employer must demonstrate a ‘*potentially fair*’ reason for non-renewal relating either to the employee’s ‘conduct’, ‘capability’ (whether in terms of competence or ill-health) or qualifications; the fact that the employee was ‘redundant’ (see below on the definition of this term); that there was a statutory bar or restriction on the employment of the employee (for example, the absence of a work permit in the case of non-EU citizens); or ‘some other substantial reason’ (that is, more than a ‘trivial’ or ‘unworthy’ reason) for non-renewal in the particular circumstances. Where such a reason can be shown, the fairness or otherwise of the non-renewal [substantively and procedurally] is determined by whether the employer in question acted within ‘the range of reasonable responses’ open to a notional ‘reasonable employer’ faced with the same situation.

For all practical purposes, the remedy for any dismissal found to be unfair (whether automatically or on general principles) is financial compensation. This comprises both a ‘basic award’ and a ‘compensatory award’. The former is based on age and length of service up to a maximum of £13,500 (approximately 16,200€) for an employee who has been employed for at least 20 years at age 41 or over. The latter is an award based on actual financial loss caused by the employer’s actions limited to a maximum of £74,200 (approximately 89,000€) or, if the dismissal took place after 29 July 2013, one year’s salary of the complainant employee (up to a maximum of £74,200). Unfortunately, the

actual amounts awarded by UK Employment Tribunals are considerably lower. In 2012/13, for example, the median award for unfair dismissal was only £4,832 (approximately 5,790€) and the mean average £10,127 (approximately 12,136€). And while Employment Tribunals can in theory order the re-employment of an employee who is unfairly dismissed this hardly ever happens in practice (for example, only 6 such orders were made in 2011/12).

Statutory redundancy payments rights in outline:

Redundancies in the UK equate to what are commonly described in continental Europe as ‘economic’ dismissals. That is, they are not related to the characteristics or specific circumstances of individual employees but rather to the closure of the whole or part of an undertaking or a diminished requirement (for whatever reason) for employees to do particular types of work whether generally or where employees work. In these circumstances, an employee with at least 2 years’ continuous employment is in principle entitled to a ‘statutory redundancy payment’ that is calculated in exactly the same way as the basic award for unfair dismissal outlined immediately above. Obviously an employee who claims *both* a statutory redundancy payment *and* unfair dismissal can only receive an amount equivalent to one such payment.

7. Which consequences arise from the breach of the legal regulation of temporary employment contracts?

Employees can bring claims under the *FTE Regs* that they have been less favourably treated as explained in **Q.4** above or subjected to any detriment (that is, victimized) by any act or omission short of dismissal for seeking to enforce their rights under the Regulations (including requesting either a written statement of reasons for less favourable treatment or a statement that the employee is a permanent employee as discussed in **Q.3** above).

Such claims must be made within 3 months of the employer’s act or infringement of rights complained. If a claim is upheld an Employment Tribunal may make a declaration to this effect; order the employer to pay the employee such monetary compensation as it deems ‘just and equitable’ having regard to the infringement in question and any loss attributable to it (*excluding* ‘injury to feelings’); and/or make a recommendation that, within a specified period, the employer takes action that the tribunal thinks reasonable to ‘obviate or reduce the adverse effect’ of the employer’s infringement on the employee.

8. Does the legal regulation of temporary employment contracts include provisions designed to prevent fraud on temporary work?

Subject to our preceding discussion, there is *no* specific UK legal prohibition precluding fraud on temporary work or regulating the misuse of temporary employment contracts. On the contrary, certain statutory provisions and their interpretation in courts and tribunals may actually invite or encourage abuse.

Perhaps the single biggest problem facing temporary employees is establishing the required continuity of employment for access to a number of core employment protection rights (see **Qs.3** and **6** above). Continuity is determined by rules set out in *the ERA* and is retained if employees are employed by an employer under a contract of employment for the whole or *any* part of successive weeks. This means that if a temporary employee's contract expires on the Sunday of one week and he or she is re-employed under another fixed or limited-term contract on the Saturday of the following week continuity is maintained. There is also provision for continuity to be maintained in some circumstances where there is a longer gap between successive contracts, most importantly where the absence of an employment contract is caused by a 'temporary cessation of work'. This will apply where, judged with hindsight, the cessation is relatively short compared with periods in work and has particularly benefitted, among others, teachers or lecturers who are employed on term-by-term or academic year contracts, excluding Christmas, Easter and/or Summer vacations (see, for example, *Ford v Warwickshire County Council* [1983] IRLR 126). By way of contrast, the provision is of little or no use to seasonal workers where the gaps between contracts will obviously be much greater (see, for example, *Sillars v Charrington Fuels Ltd* [1989] IRLR 152).

More worryingly, if continuity is not otherwise maintained under these statutory provisions, it seems perfectly permissible in UK law for employers to 'manufacture' gaps of more than two weeks between temporary employment contracts and so effectively break continuity. This is so even if the employer's clear *purpose* is to prevent employees accessing, for example, unfair dismissal or redundancy payments rights (see *Booth v USA* [1999] IRLR 16). And the use of such 'manufactured' breaks and other evasion techniques is further encouraged by the Court of Appeal's ruling that the mere expiry and non-renewal of fixed or limited-term contracts -in pursuance of a policy that temporary employees would have their employment terminated after 51 weeks [the then general qualifying period for unfair dismissal protection being 52 weeks]- was *not* in itself less favourable treatment under *the FTE Regs* (see *Department for Work and Pensions v Webley* [2005] IRLR).

9. What is the role of collective bargaining in the UK in regard to temporary employment contracts?

The UK's traditional system of 'voluntarism' in industrial relations between employers and trade unions means that any collective bargaining around the use of temporary employment contracts will be determined according to the specific conditions and circumstances of the sector and/or employing organization. For example, extensive use is made of various types of fixed or limited-term contracts (particularly for research staff) in the UK Higher Education sector. The University and Colleges Union has been active in supporting local Branches in a number of Universities in negotiating collective agreements that seek to inhibit or reduce reliance on such contracts.

In stark contrast, the UK's collective redundancy information and consultation legislation was amended by the Government from 6 April 2013 to remove *any* statutory requirement on employers to inform and consult recognized trade union representatives or (in their absence) other appropriate employee representatives on the routine expiry and non-renewal of fixed or limited-term contracts (see Walden (2013) for more on this). Collective consultation in respect of such workers is therefore now only required where they are to be dismissed on grounds of redundancy *before* the normal expiry of their contracts.

10. Other relevant aspects regarding temporary employment contracts

Finally, it should be noted that the Trades Union Congress (the UK's national union confederation) has made a formal complaint to the European Commission that the manner in which the Government has implemented the 'Swedish Derogation' in the AWR (see Q.5 above) goes significantly beyond that permitted under the TAW Directive and is therefore in breach of EU law (see TUC press release, 'TUC lodges complaint against government for failing to give equal pay to agency workers', 2 September 2013. A more detailed briefing on the complaint can be obtained from rholdsworth@tuc.org.uk).

References

CIETT, (2013), *The agency work industry around the world*, available at <http://www.ciett.org/index.php?id=155>.

COMI, S and GRASSEN, M, (2012), 'Are temporary workers discriminated against? Evidence from Europe', *The Manchester School*, Vol .80 No.1, p. 28-50.

Eurofound (2012), *Trends in job quality in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

Office for National Statistics, (2013), 'Labour Market Statistics, December 2013', *Statistical Bulletin*, available at: <http://ons.gov.uk/ons/rel/lms/labour-market-statistics/december-2013/statistical-bulletin.html>

SANTANGELO, G, (2011), 'Do temporary contracts cause wage discrimination? A quantile treatment effect analysis for Europe', available at: <http://www.aiel.it/bacheca/milano/papers/santangelo.pdf>

WALDEN, R.M, 2013, 'The latest employment law reforms to come into force', *Business Law Review*, 34/3, p. 112-113.

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN COLOMBIA

Karina De la Rosa Torralvo

Docente investigador, Departamento de Derecho

Universidad del Norte Barranquilla

Introducción

Para iniciar un estudio sobre el trabajo temporal, lo primero que hay que determinar son los alcances terminológicos implicados, para con ello evitar confusiones entre las definiciones legales y el uso común.

En Colombia, que es nuestro caso de estudio, el trabajo temporal se relaciona principalmente con el trabajo temporal indirecto, es decir, aquel a través del cual una empresa contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales (en adelante, EST), la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador, lo equivalente en España a las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT). Para referirnos al trabajo temporal directo utilizamos el concepto de trabajadores a término fijo, toda vez que nuestra legislación¹, permite la contratación temporal directa por un término máximo de 3 años, renovables indefinidamente en el tiempo sin que pierdan el carácter temporal. Es decir que su procedencia es general, no ceñido al principio de causalidad, como ocurre en España.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia, un empleador puede optar por contratar a sus trabajadores a través de contratos a término fijo o a término indefinido de forma discrecional, es decir, no existen causas legales en las que deba encuadrar su decisión. Existiendo otras dos formas de contratación que sí estarán atadas a la labor a desarrollar, como son el contrato por obra o labor y el ocasional o transitorio que es para aquellos trabajos inferiores a un mes y para labores distintas a las labores normales del empleador.

Para el caso del trabajo temporal indirecto, desarrollado a través de una Empresa de Servicios Temporales (EST), si existe una regulación detallada que establece los eventos y términos en los que puede operar la figura, como lo veremos más adelante.

Hecha esta distinción es revelador citar unos datos estadísticos de la situación del trabajo temporal directo e indirecto en Colombia. La estructura del mercado laboral

¹ Artículo 46 Código Sustantivo del Trabajo (CST)

colombiano presenta una ocupación de apenas el 32% de la población en condiciones de trabajo decente en los términos en que la OIT lo concibe². Tal déficit se debe a que la mayor parte de la población ocupada hace parte de la economía informal: 60% para todo el país y 51% en las 13 áreas metropolitanas³. A su vez, el 62% de los asalariados tiene contrato de trabajo escrito, de estos la tercera parte tiene contrato a término fijo y el resto a término indefinido. Del 81,2% de los asalariados que cuentan con contrato de trabajo escrito son directos, existiendo un significativo 16% con otro tipo de vinculación⁴. Los resultados por sectores muestran que los trabajadores temporales se concentran en el agro, las minas y en comercio al por menor. Por estrato socio-económico se aprecia que los asalariados de estratos bajos son más propensos a ser temporales e indirectos. De otra parte, los trabajadores directos tienen mayor nivel educativo: el 41% cuentan con educación superior en comparación con el 31% de los contratados por CTA, el 26% por EST y el 25 por EAT⁵.

Otros estudios señalan⁶, que la proporción de empleo generado con contrato a término fijo pasó de ser del 13% de los ocupados entre 25 y 65 años de edad en 2003 a 20% en 2010. Existiendo aumentos elevados de estos porcentajes en algunos sectores y subsectores de la economía como, por ejemplo, el manufacturero, donde el empleo temporal pasó de ser 13% del total manufacturero en 2003 a 41% en 2009⁷.

El porcentaje de empleo temporal en Colombia es relativamente alto comparado con cifras internacionales y sitúa a Colombia en el grupo de los países con mayores participaciones de empleo temporal. De acuerdo con las estadísticas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD) para 2010, en promedio, el 9,89% de los trabajadores dependientes entre 25 y 55 años de edad de estos países son temporales.

² Es decir un trabajo que supone una relación contractual formal regulada por la legislación, con protección social, estabilidad y diálogo social.

³ Fuente: Datos recolectados por la Escuela Nacional Sindical, organización de la sociedad civil, no gubernamental, establecida legalmente como corporación sin ánimo de lucro. Es una entidad de investigación, educación, promoción y asesoría.

⁴ El 8,7 % son contratados a través de EST, el 4,3% a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y el 2,9% a través de Empresas Asociativas de Trabajadores.

⁵ Fuente: encuesta social longitudinal de Fundesarrollo 2010. Fundesarrollo, es una entidad privada, sin ánimo de lucro, que tiene como misión principal realizar, promover y difundir investigaciones de carácter económico, social y político sobre la región Caribe y el país, con el fin de contribuir al fomento del desarrollo y a la solución de los problemas que limitan el bienestar de la población.

⁶ Según cálculos realizados con la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) Departamento Administrativo nacional de Estadísticas (DANE).

⁷ Según cálculos realizados con la Encuesta Anual Manufacturera (EAM) del DANE.

1. ¿Es posible suscribir un contrato laboral temporal en Colombia? ¿Cuál es el principio que rige la contratación temporal?

Tal como se mencionó en la parte introductoria, en Colombia es posible suscribir contratos temporales de manera directa, por un término máximo de 3 años prorrogables, cuantas veces sea necesario sin que pierdan su carácter temporal, existiendo sólo una limitación para los contratos a término fijo inferiores a un año, sobre los cuales si se exige que a partir de su tercera prórroga esta se realice por un período mínimo de 1 año.

En cuanto al trabajo laboral temporal indirecto, la regulación se encuentra en la Ley 50 de 1990, reglamentada por el Decreto 24 de 1998 y modificada por el Decreto 503 de 1998 y el Decreto 4369 de 2006, la cual establece de manera taxativa los eventos en los que un empleador puede contratar trabajadores de una empresa de servicio temporal: cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más.

Lo anterior pone en evidencia que las empresas de servicios temporales se rigen por el principio de causalidad enmarcado en las circunstancias antes descritas, siendo la regla general la vinculación directa a través de contrato de trabajo cuando se reúnan los elementos constitutivos de este. Existiendo límites claros, por lo menos en la redacción normativa, en cuanto al tiempo de duración de dichos contratos y a las causales específicas de contratación.

Existen otras formas de trabajo tercerizado como son las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) y las Empresas Asociativas de Trabajadores (EAT) que también pueden ser incluidas en la clasificación de trabajo temporal indirecto bajo la salvedad que no se rigen por la legislación laboral ordinaria sino por las normas del cooperativismo o del derecho comercial⁸.

⁸ Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) son empresas asociativas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios por parte de los mismos asociados. Las Empresas Asociativas de Trabajadores (EAT) son organizaciones económicas productivas cuyos asociados aportan su capacidad laboral por tiempo indefinido y algunos entregan al servicio de la organización una tecnología, una destreza u otros activos necesarios para cumplir con los objetivos de la empresa.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen en Colombia? ¿En qué casos pueden utilizarse estas modalidades contractuales y cuál es su regulación?

La legislación laboral colombiana⁹ establece la contratación a término indefinido más tres modalidades del contrato de trabajo en lo que respecta al horizonte temporal: 1) para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, 2) por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, 3) por un tiempo determinado.

Los contratos a término fijo deben constar siempre por escrito, es necesario dar un preaviso escrito con una antelación no inferior a 30 días so pena que se prorroguen automáticamente por el término inicialmente pactado, así mismo la ley no permite que los contratos inferiores a un año sean prorrogados por términos inferiores al inicialmente acordado por más de 3 ocasiones, al cabo de las cuales se deben prorrogar por mínimo un año. En relación con el régimen indemnizatorio, también existe una diferencia, ya que los contratos a término indefinido son indemnizados de acuerdo a una tabla que va en función del tiempo trabajado, en el caso de los contratos a término fijo las indemnizaciones se calculan con base en el tiempo que faltaría por trabajar, lo que dependiendo del plazo pactado y el momento de la terminación anticipada puede llegar a ser más onerosas que las indemnizaciones de los contratos a término indefinido.

En cuanto al trabajo temporal indirecto, de los tres eventos por los que la norma faculta a las empresas de servicios temporales para realizar una contratación temporal, la primera se refiere a las labores ocasionales, accidentales o transitorias, que de acuerdo con el código laboral colombiano, son aquellas de corta duración, no mayores de un mes y que se refiere a labores distintas a las actividades normales del empleador.

El segundo evento, es cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, en estos casos también prima la temporalidad, siendo el más previsible en su duración las vacaciones (15 días hábiles por año de servicios, como mínimo) y el de la licencia de maternidad, que tratándose de embarazos normales es de 14 semanas, término que puede variar en función del número de hijos y/o la fecha del nacimiento si es a término o prematuro.

En cuanto a la incapacidad por enfermedad, en Colombia no se configura como una causal de suspensión del contrato, sino que es regulado como una prestación económica y asistencial que aunque originariamente estuvo en cabeza de los empleadores hoy día debe ser subrogada por el sistema de Seguridad Social, configurándose unos términos máximos hasta los cuales el sistema de Seguridad Social cubre los costes, al cabo de los cuales se pueden presentar situaciones problemáticas en las que los trabajadores pueden

⁹ Artículo 45 CST.

quedar desprotegidos ante la enfermedad. Pese lo anterior, y en relación al tema que nos atañe, tales circunstancias puntuales no desnaturalizan el carácter temporal de la figura de la incapacidad por enfermedad. En cuanto a las licencias, también se reitera el factor temporal, destacando que en Colombia no existe la figura de las excedencias, existiendo unos pocos casos obligatorios como son licencia por luto (5 días), grave calamidad doméstica y comisiones sindicales, ambas determinadas por el principio de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰, y para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, que en la actualidad son de muy corta duración, jurado electoral, escrutador y clavero.

La última eventualidad se refiere a los incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, es decir para aquellos casos en que la empresa requiera un aumento de su personal por un corto período de tiempo para desarrollar actividades propias del negocio, en este punto la norma es clara en cuanto al tiempo de duración de los contratos temporales indicando que es de 6 meses prorrogables por 6 meses más, al término de los cuales no es posible contratar ni con esa ni con otra empresa de servicios temporales.

No existe en nuestra legislación una reglamentación especial en relación con el trabajo temporal de los jóvenes o de las personas con discapacidad, aunque si existen unos beneficios tributarios para las empresas que contraten personas menores de 28 años, personas en situación e desplazamiento, en proceso de reintegración o en condición de discapacidad, exigiéndose sólo que se trate de nuevas contrataciones, más nada se exige en relación con la forma temporal de contratación.

3. ¿La regulación legal en Colombia reconoce un derecho preferente a los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo permanente en la empresa?

En Colombia no existe un derecho de preferencia por parte de los trabajadores temporales directos o indirectos, para ocupar un puesto de trabajo permanente.

4. ¿La regulación legal en Colombia permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales en comparación con los permanentes? ¿La realidad del mercado de trabajo cumple con esta regulación?

Los trabajadores temporales directos gozan de los mismos derechos prestacionales que los trabajadores a término indefinido, existiendo sólo la distinción en cuanto al régimen

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-930/09 Exp. D-7754 M.P Dr. Jorge Ignacio pretelt Chaljub.

indemnizatorio que como ya se menciona puede ser más o menos favorable según el momento de la terminación del contrato.

En relación con las condiciones laborales de los trabajadores temporales indirectos, la ley expresamente señala que las obligaciones legales que existen son en relación con el salario ordinario, es decir el que remunera directamente la labor realizada, el cual no puede ser en ningún caso inferior al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, para lo cual se debe tener en cuenta las escalas de antigüedad que maneje la empresa, y adicionalmente se deben extender a los trabajadores temporales los beneficios que tengan los trabajadores permanentes en materia de transporte, alimentación y recreación.

Lo anterior en la práctica genera que los trabajadores temporales, tanto directos como indirectos, queden por fuera de los beneficios extralegales acordados en pactos o convenciones colectivas, ya sea porque son excluidos del proceso de negociación por ser trabajadores en misión, o porque la precariedad de sus contratos no les permite su inclusión. Lo anterior estará determinado en gran medida por el peso de los sindicatos dentro las empresas.

5. ¿Cuál es el papel de las Empresas de Trabajo Temporal en el ámbito de la contratación temporal?

Con la dinámica actual de los mercados de trabajo a nivel mundial, que ha impactado las formas de producción tradicionales y, por ende, las relaciones de trabajo, la tercerización y la temporalidad juegan un papel importante y necesario dentro de este nuevo ciclo natural de la economía, el reto que se presenta es lograr un balance entre la eficiencia, la flexibilización, costes, competitividad, sin menoscabar los derechos mínimos laborales.

De acuerdo con datos del Ministerio del trabajo a diciembre de 2013 existen registradas 621 Empresas de Servicios Temporales con 254 sucursales, datos del año 2011 señalan que las EST agrupan más de 1.000.000 de trabajadores, sin embargo no existen datos oficiales actualizados al respecto. Otros estudios¹¹ sobre las condiciones laborales de los trabajadores temporales señalan que sus condiciones laborales son precarias o en todo caso inferiores a la de los permanentes directos.

¹¹ Fuente: encuesta social longitudinal de Fundesarrollo 2010.

6. ¿Cuál es la regulación legal en relación con la extinción del contrato temporal? En concreto, ¿el ordenamiento jurídico laboral reconoce una compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal?

Como se mencionó en respuestas anteriores, los contratos a término fijo si finalizan sin causa justificada en la ley antes de la fecha establecida, deben ser indemnizados con los salarios que faltaren por pagar hasta la fecha de término. En los contratos de trabajo temporal indirecto, es decir los celebrados por las (EST), dependerá de la modalidad de contratación, que usualmente es por obra o labor, caso en el cual la indemnización por terminación anticipada será el valor de los salarios del lapso de la obra o labor que falte por realizar, sin que pueda ser inferior a 15 días de salario. Si los contratos terminan en el plazo acordado serán liquidados como mínimo, de conformidad con los derechos prestacionales establecidos en la ley.

7. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la regulación en materia de contratación temporal?

El incumplimiento de las formalidades que revisten el contrato a término fijo en cuanto a términos y prórrogas, puede conllevar a la inoperancia del contrato a término fijo y como consecuencia se le deberá aplicar al trabajador la regulación de un contrato permanente o a término indefinido.

En cuanto al trabajo temporal indirecto podemos distinguir dos clases de sanciones, unas tendientes a controlar la correcta constitución y el funcionamiento de la empresas de servicios temporales conforme a las autorizaciones exigidas por la ley, tales como permisos de funcionamiento, constitución de pólizas de garantía, rendición de informes, entre otras; sanciones que consisten en la suspensión y cancelación de la autorización de funcionamiento. Y existen otras sanciones consistentes en multas, tendientes a castigar el uso de los contratos temporales para fines diversos a los establecidos en la norma, por tiempo superior a los máximos establecidos o sin el cumplimiento de las obligaciones labores, parafiscales y de seguridad social. Ambas sanciones son responsabilidad de la autoridad administrativa (Ministerio del Trabajo).

Cabe mencionar que a finales del 2010, se expidió la ley 1429 reglamentada por el decreto 2025 de 2011, que prohíbe la contratación de actividades misionales permanentes de empresas o entidades públicas por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) o bajo otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Este nuevo marco regulatorio, elevó el valor de las multas por la intermediación laboral para actividades misionales, sin importar el nombre de la figura jurídica que adopte la intermediación, en procura de una mayor vinculación laboral directa de los trabajadores. Pese lo anterior, y aunque por lo reciente de la normativa aún no existen estudios oficiales que muestren la efectividad de la norma, hay información que indica que si bien las figuras tradicionales han formalizado las contrataciones, también existe un incremento de otras figuras de intermediación laboral, como las Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS), los contratos sindicales, los contratos de prestación de servicios y las empresas de empleo temporal, que en muchos casos se usan para hacer lo mismo que hacían las CTA.

8. ¿La regulación legal sobre contratación temporal incluye provisiones dirigidas a evitar el fraude en la contratación temporal?

Adicionalmente a las disposiciones sobre multas y sanciones mencionados en la respuesta anterior, existe una norma que busca proteger la afiliación y pago al sistema de Seguridad Social integral de los trabajadores en misión, estableciendo que los pagos deben realizarse dentro de los 10 primeros días del mes y exigiendo que la EST, envíe un informe a la empresa usuaria sobre las afiliaciones y pagos, así mismo la empresa usuaria tiene el deber de verificar que la información sea correcta y que no tenga inconsistencias, so pena de ser solidariamente responsable en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión.

Así mismo, existe una norma general en relación con la intermediación laboral, que exige que los simples intermediarios declaren su calidad y manifiesten el nombre del respectivo empleador, ya que si no lo hacen deben responder solidariamente por las obligaciones laborales que se deriven de tal intermediación¹².

9. ¿Cuál es el papel de la negociación colectiva en Colombia en relación con la contratación temporal?

En Colombia, la tasa de sindicalización ha descendido continuamente a partir de la segunda mitad de la década de los setenta hasta alcanzar un 4,9% del total de trabajadores hacia 2010-2013, lo que la ubica en una de las menores tasas de sindicalización en el mundo. Datos señalan¹⁴ que el número de trabajadores cobijados por convenciones colectivas pasó de 129.381 en el 2000 a 88.920 en el 2009, lo cual

¹² Artículo 35 CST.

¹³ Fuente: Escuela Nacional Sindical (ENS) 2011.

¹⁴ Fuente: De acuerdo con los datos del sistema sindical laboral (SISLAB) (ENS).

coincide con los bajos niveles de creación de nuevos sindicatos.

Entre otros factores, los procesos de flexibilización y tercerización laboral han debilitado los espacios de negociación de los trabajadores y ha incidido en la baja posibilidad del establecimiento de lazos solidarios entre ellos, pilar en el que se funda el derecho de asociación. Lo anterior, sumado a la configuración legal restrictiva del objeto de la negociación colectiva en Colombia, así como los efectos jurídicos contractuales y no normativos que se le reconoce a sus productos (convención colectiva, pacto colectivo y contrato sindical) y a la ausencia de remisiones legales expresas a la negociación colectiva para que esta regule ciertas materias, nos lleva a afirmar que en el modelo normativo colombiano la negociación colectiva no desempeña un papel relevante y apreciable en la regulación y control de la contratación laboral temporal.

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN PERÚ

Martín Carrillo Calle
Profesor de Derecho del Trabajo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

En el Perú existen estadísticas oficiales de ámbito nacional sobre contratos temporales, que comprenden los últimos 20 años (1993-2012), las que ponen en evidencia que los contratos temporales presentados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo en ese lapso, se han multiplicado casi 14 veces, pues han pasado de 247.930 (en 1993) a 3.425.771 contratos (en 2012), todo lo cual demuestra el alto grado de precariedad existente en el mercado de trabajo peruano. Cabe advertir que lo que se registra estadísticamente es el número de contratos temporales y no el número de trabajadores contratados a plazo fijo. Dada la gran concentración económica-productiva que existe en Lima con respecto al resto del país, en la ciudad capital se registra cerca de las 2/3 partes del universo de los contratos temporales celebrados (61,24%).

Si se tiene en cuenta que en diciembre del 2012 el Ministerio de Trabajo tenía registrados formalmente a 3.085.784 trabajadores a nivel nacional, el hecho que existan más contratos temporales que el número total de trabajadores en ese año, sólo se explica por la existencia de un alto número de trabajadores que suscriben una sucesión de contratos temporales de corta duración, lo que refuerza su condición de precariedad. Las estadísticas oficiales no precisan la extensión en el tiempo de los contratos temporales que se celebran. Tampoco si estos dan inicio a un vínculo laboral a plazo fijo o renuevan uno ya existente.

1. ¿Es posible suscribir un contrato laboral temporal en Perú? ¿Cuál es el principio que rige la contratación temporal?

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral -de marzo de 1997- dispone que “[e]l contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad” (artículo 4º). Tratándose de estos últimos, su celebración procede en los casos que ella misma establece: “[l]os contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de las empresas, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar” (artículo 53º).

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad deben constar por escrito, “*debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral*”. Dichos contratos deben ser suscritos por triplicado y una de esas versiones debe ser presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo -dentro de los 15 días naturales de su celebración- para efectos de su conocimiento y registro (artículos 72° y 73°).

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen en Perú? ¿En qué casos pueden utilizarse estas modalidades contractuales y cuál es su regulación?

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que los contratos sujetos a modalidad son de 3 tipos: a) de naturaleza temporal, b) de naturaleza accidental y c) de obra o servicio. De acuerdo a las estadísticas oficiales para el año 2012, los más celebrados son los temporales (60.93%), seguidos por los de obra o servicio (38.07%) y los accidentales (1%).

Dentro de cada uno de estos tipos de contratos, se consideran 3 subespecies, por lo que en el Perú los empleadores pueden elegir entre 9 figuras contractuales tipificadas legalmente, para vincularse temporalmente con un trabajador.

1. Contratos de naturaleza temporal:

1.1. Contrato por inicio o lanzamiento de nueva actividad: se origina por “*el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa*”. Su duración máxima es de 3 años (artículo 57°).

1.2. Contrato por necesidad del mercado: se celebra para “*atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente*”. Su duración máxima es de 3 años (artículo 58°).

1.3. Contrato por reconversión empresarial: se celebra “*en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos*”. Su duración máxima es de 2 años (artículo 59°).

2. Contratos de naturaleza accidental:

2.1. Contrato ocasional: se celebra para “*atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo*”. Su duración máxima es de 6 meses al año (artículo 60°).

2.2. Contrato de suplencia: se celebra para que un trabajador temporal “*sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias*” (artículo 61°).

2.3. Contrato de emergencia: se celebra para “*cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia*” (artículo 62°).

3. Contratos para obra o servicio:

3.1. Contrato para obra determinada o servicio específico: se celebran con un “*objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria*” (artículo 63°).

3.2. Contrato intermitente: se celebran para “*cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanente pero discontinuas*” (artículo 64°).

3.3. Contrato de temporada: se celebran para “*atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva*” (artículo 67°).

Se dispone también que dentro de los plazos máximos aplicables a las modalidades contractuales que acabamos de reseñar, “*podrán celebrarse contratos por período menores pero que sumados no excedan dichos límites*” temporales. Y se habilita la posibilidad que se celebre con un mismo trabajador en forma sucesiva, “*diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años*” (artículo 74°).

Además de los 9 tipos de contratos de trabajo sujetos a modalidad, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, convalida un régimen de promoción de la

contratación temporal al señalar que “[l]os contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley N° 22342 se regulan por sus propias normas” (artículo 80°).

Esas normas propias -vigentes desde noviembre de 1978- establecen que las empresas industriales que exporten directamente o por intermedio de terceros el 40% del valor de su producción anual efectivamente vendida, podrán contratar personal eventual en el número que requieran para atender operaciones de producción para exportación, siempre que:

- a) Se acredite que la contratación está vinculada a un contrato de exportación o una orden de compra;
- b) Los contratos se celebren por obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario;
- c) En cada contrato se especifique la labor a efectuarse y el contrato de exportación u orden de compra que lo origina.

De acuerdo a las estadísticas oficiales, en el 2012 se suscribieron 254.565 contratos bajo el régimen de promoción de exportaciones no tradicionales, correspondiendo el 74,5% de ellos a renovaciones y el 25,5% a contratos que dan inicio a un vínculo laboral temporal.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, permite además que se pueda contratar cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad que ella no contempla, “*siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse*” (artículo 82°).

En el Perú no existen limitaciones o restricciones al número de contratos sujetos a modalidad que puede suscribir una empresa directamente con quienes serán temporalmente sus trabajadores.

3. ¿La regulación legal en Perú reconoce un derecho preferente a los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo permanente en la empresa?

La legislación peruana no reconoce a los trabajadores temporales un derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo indefinido en la empresa.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral reconoce dos supuestos donde opera una preferencia -uno de origen convencional y el otro legal- los que tienen en común que un trabajador temporal puede aspirar a seguir siéndolo: en los contratos

intermitentes, se habilita a que en el contrato primigenio se reconozca un derecho preferencial para que el trabajador sea contratado nuevamente al presentarse similar situación generadora del vínculo inicial (artículo 64°). Y en los contratos de temporada, se dispone que “[s]i el trabajador fuera contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes” (artículo 69°).

4. ¿La regulación legal en Perú permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales en comparación con los permanentes? ¿La realidad del mercado de trabajo cumple con esta regulación?

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral dispone que los trabajadores temporales “*tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo dentro de trabajo*” (artículo 79°).

Si bien hay una igualdad legal, esta se ve desmentida por la realidad, en tanto que de acuerdo a las estadísticas oficiales correspondiente al año 2011, un obrero temporal percibe el 83,6% del promedio de remuneraciones que cobra un obrero con un contrato de duración indefinida. La brecha salarial es mayor tratándose de empleados, pues un temporal recibe el 73,9% de lo que ingresa por su trabajo un trabajador estable. Las estadísticas oficiales del año 2012 han omitido esta información, pero no existen razones para considerar que la tendencia señalada se haya modificado.

5. ¿Cuál es el papel de las Empresas de Trabajo Temporal en el ámbito de la contratación temporal?

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

La Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores -Ley 27626 de enero del 2002- dispone que la temporalidad es un supuesto que habilita a la intermediación laboral, precisando que “[l]os trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa” (artículo 3°).

El número de trabajadores temporales que pueden prestar servicios en empresas usuarias, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores que laboran para estas

(artículo 6°). Dichos trabajadores pueden ser proporcionados por empresas especiales de servicios temporales o por cooperativas de trabajo temporal. Las primeras *“son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria”*, en los casos que corresponde celebrarse contratos ocasionales y contratos de suplencia, cuyas características han sido reseñadas al dar respuesta a la segunda pregunta de este cuestionario. Y las cooperativas de trabajo temporal, para la legislación peruana, *“son aquellas constituidas específicamente para destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias a efectos de que éstos desarrollen labores”* que corresponden a los dos contratos mencionados (ocasional y de suplencia) (artículos 11° 1 y 12°)

6. ¿Cuál es la regulación legal en relación con la extinción del contrato temporal? En concreto, ¿el ordenamiento jurídico laboral reconoce una compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal?

La legislación peruana no reconoce una compensación económica a los trabajadores temporales como consecuencia de la extinción del contrato por vencimiento del plazo pactado, pero si existe la obligación de pagar una indemnización si el empleador pone término al contrato antes del vencimiento del plazo pactado sin invocar una causa justa que sustente su decisión.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral dispone que *“[s]i el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato (temporal), deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones”* (artículo 76°).

En los contratos sujetos a modalidad, rige el período de prueba legalmente establecido o convencionalmente acordado (artículo 75°). Cabe señalar que en la legislación laboral peruana el período de prueba es de 3 meses, a cuyo término el trabajador tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario. Se permite que las partes pueden pacten un plazo mayor *“en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada”*. De acordarse la ampliación, esta *“no podrá exceder, en conjunto con el período inicial”*, de 6 meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza (*“aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos*

cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”) y de un año en el caso de personal de dirección (“aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”).

7. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la regulación en materia de contratación temporal?

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, regula 4 supuestos de desnaturalización de los contratos temporales, cuya consecuencia es que estos contratos pasen a ser considerados como de duración indeterminada.

Los supuestos de desnaturalización legalmente tipificados son los siguientes:

- a) *Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;*
- b) *Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;*
- c) *Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;*
- d) *Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas” en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.*

8. ¿La regulación legal sobre contratación temporal incluye previsiones dirigidas a evitar el fraude en la contratación temporal?

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, faculta a la Autoridad Administrativa de Trabajo a hacer la “*verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en la copia*” del contrato temporal que el empleador le debe de presentar, a efectos de evaluar la posible existencia de simulación o fraude en dichos contratos, en perjuicio de los trabajadores temporales que los han suscrito (artículo 73°).

Por su parte, el reglamento (Decreto Supremo 019-2006-TR de octubre del 2006) de la Ley General de Inspección del Trabajo, considera una infracción muy grave - sancionable con multa-: “[e]l incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la contratación a plazo determinado, cualquiera que sea la denominación de los

contratos, su desnaturalización, su uso fraudulento, y su uso para violar el principio de no discriminación”.

El Ministerio de Trabajo no hace pública la información sobre cuántos de los 3.425.771 contratos que registró en el año 2012, han sido objeto de una verificación posterior ni el resultado de la misma, así como tampoco da a conocer el número de multas impuestas a los empleadores que incumplen las disposiciones sobre contrataos temporales.

9. ¿Cuál es el papel de la negociación colectiva en Perú en relación con la contratación temporal?

En el Perú el tema de la contratación temporal no es materia de convenios colectivos, pues las organizaciones sindicales no lo incluyen en sus petitorios con los que se inicia la negociación colectiva, pese a no existir impedimento legal para pactar la imposición de un porcentaje máximo de contratos sujetos a modalidad o las condiciones bajo las cuales contratar a las empresas especiales de servicios temporales o a cooperativas de trabajo temporal.

10. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal

El afán de legislador por promover la contratación temporal y la debilidad institucional de la Autoridad Administrativa de Trabajo para fiscalizar su correcto uso, contrasta con el garantismo protector que se puede identificar -sin hacer una generalización- en la judicatura especializada en lo laboral y en particular en la jurisdicción constitucional.

Para el Tribunal Constitucional peruano nuestro ordenamiento jurídico “ostenta una preferencia por la relación laboral a plazo indeterminado”, la que se basa en el artículo 22° de la Constitución, que consagra el derecho al trabajo. Y es así que el Tribunal considera que “la contratación laboral por excelencia es aquella de duración indefinida” (Sentencia del 07.11.2007. Exp. 10777-2006-PA/TC), por lo que “en aras de la efectiva vigencia del derecho al trabajo”, la relación laboral “tiende a ser de plazo indeterminado” (Sentencia del 18.12.2008. Exp. 4783-2007-PA/TC).

Para el Tribunal Constitucional existe en el régimen laboral peruano “una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada”, posición que ha sido fijada en el año 2002 y que se ha manifestado en 35 sentencias expedidas sobre la materia hasta el momento. De este conjunto de sentencias, dimana una doctrina jurisprudencial constitucional que considera que “los contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el

desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar”. Por tal carácter, dichos contratos “deben tener una causa debidamente justificada y que esté explicada detalladamente en el contrato”.

CONTRATACIÓN TEMPORAL EN URUGUAY

Mario Garmendia Arigón

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de
Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay
Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho del CLAEH, Centro
Latinoamericano de Economía Humana, Punta del Este, Uruguay
Magíster en Derecho del Trabajo

Introducción

El Derecho del Trabajo uruguayo nació en la segunda década del siglo XX (1915) y evolucionó en las siguientes décadas con un claro sesgo protector, que se evidenció no sólo en el derecho positivo, sino también (y muy especialmente) en el ámbito de los desarrollos doctrinarios.

En un país donde las normas laborales carecen de la unidad que en otros ordenamientos les ha otorgado la codificación, la doctrina ha asumido un rol particularmente relevante a la hora de colmar los espacios dejados por las primeras, dándole sentido y alcance a la mayor parte de las nociones fundamentales que hacen a la disciplina. De este modo, el Derecho del trabajo uruguayo se fue construyendo como un sistema complejo, que no sólo se ha nutrido de aportes normativos de diverso origen (estatal o autonomía colectiva), sino también, y muy especialmente, de las elaboraciones realizadas por la doctrina, que luego han sido recibidas por la jurisprudencia.

No existe en Uruguay una legislación que consolide o sistematice conceptos o regulaciones sobre el contrato del trabajo en general (noción que, incluso, ha sido bastante cuestionada a nivel doctrinario, donde existen calificadas opiniones que directamente impugnan el carácter contractual del vínculo laboral individual y prefieren referirse al mismo concibiéndolo desde la perspectiva de la *relación de trabajo*).

En el caso de los contratos temporales, sólo es posible encontrar en las normas del Derecho positivo referencias secundarias y elípticas (por ejemplo, en materia de atribución de responsabilidades para las empresas que organizan su actividad a través de suministradoras de mano de obra temporal).

A pesar de que ninguna norma consagra explícitamente la posibilidad de celebrarlos y si bien no existen registros ni estadísticas oficiales que permitan contar con datos precisos o fidedignos al respecto, es fácilmente constatable a partir de una somera visión de la realidad, que diversas modalidades de contratación temporal se encuentran sumamente

difundidas en la práctica del mercado de trabajo, en particular, en ciertos sectores de actividad cuyas características resultan propicias (p. ej.: industria de la construcción, sectores relacionados con el turismo, actividades de temporada o zafrales, etc.) y en las que, por lo tanto, tales modalidades de contratación representan el común denominador.

1. ¿Es posible suscribir un contrato laboral temporal en Uruguay? ¿Cuál es el principio que rige la contratación temporal?

Pese a la inexistencia de normas de derecho positivo que explícitamente los reconozcan o regulen, la doctrina especializada ha aceptado pacíficamente la práctica de celebrar contratos temporales y es a partir de las elaboraciones realizadas a ese nivel (de generalizado y unánime recibo en el ámbito de la jurisprudencia) que las diversas figuras de contratos temporales se han consolidado sin demasiadas dificultades.

La señalada ausencia de normas jurídicas, no supone, empero, que los contratos temporales se desarrollen en un contexto carente de reglas. Por el contrario: la doctrina y la propia jurisprudencia han ido delineando exigencias de diverso tenor, de cuyo correcto cumplimiento depende, en definitiva, la validez y eficacia del respectivo contrato temporal. En este sentido, y sin que –como se dijo– existan normas de Derecho positivo que impongan preceptos de cumplimiento imperativo, se acepta unánimemente que, por ejemplo, estos contratos deben celebrarse por escrito (como requisito de prueba de que las partes han acordado un vínculo que, en materia temporal, introduce una salvedad a la regla de la *indeterminación del plazo*, considerada como *de principio*), que en algunos casos este tipo de vínculos deben tener plazos máximos, o que, en cuanto sean legítimos, su principal efecto consista en eximir al empleador de quedar obligado a pagar la *indemnización por despido* una vez finalizado el plazo o cumplida la condición que le diera origen al vínculo.

De este modo, puede decirse que la contratación temporal se asume como legítima y aceptable y que, por lo tanto, no existen impedimentos para que las empresas hagan uso de las diversas modalidades de contratación temporal, *a condición de que exista alguna razón, motivo o fundamento que objetivamente permita explicar o justifique la necesidad de establecer un término específico para el vínculo laboral*, que por regla es considerado como *sin plazo determinado* (p. ej.: que se trate de una actividad zafral o estacional, o que se utilice para suplir a un trabajador que se ausenta por alguna razón, o para atender un incremento específico de la actividad de la empresa, etc.).

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen en Uruguay? ¿En qué casos pueden utilizarse estas modalidades contractuales y cuál es su regulación?

Como se adelantó, no existe en Uruguay una normativa legal que regule la contratación temporal. No obstante, la aceptación en la práctica de diversas figuras depende *de que existan razones objetivas que justifiquen su existencia*.

Así por ejemplo, son habituales los contratos zafrales (por ej.: en el sector rural, actividad forestal), o de temporada (por ej.: en el turismo), los contratos para obra determinada (por ej.: en el sector de la construcción), los contratos de suplencia (para cubrir diversas ausencias de trabajadores titulares) o, los genéricamente denominados contratos con plazo, o a término, que frecuentemente se emplean a los efectos de cubrir necesidades específicas que suelen presentarse a las empresas (por ej.: incrementos de la actividad provocados por razones específicas o estacionales).

Si bien no se trata de una figura que estrictamente encaje en el concepto de contrato temporal, corresponde mencionar que también es sumamente habitual (al punto que debería decirse que representa la regla de principio de la contratación laboral) la incorporación de períodos de prueba de hasta tres meses en los contratos de trabajo.

Salvo los que serán mencionados más adelante (contratos de fomento del empleo juvenil), no existen en general restricciones (por ejemplo, en materia de número o porcentajes máximos) para las empresas que desean contratar trabajadores temporales. En todo caso, la condición que pesará sobre ellas será la de demostrar (si enfrentaran una reclamación, por ejemplo, del propio trabajador interesado) que existen razones objetivas que justifican el empleo de este tipo de modalidades. Tampoco existen plazos máximos para la extensión de los contratos temporales, pero aquéllos pueden inferirse, con un criterio de razonabilidad, del análisis los fundamentos objetivos que justificaron la utilización de la figura concreta y, en definitiva, de la circunstancia de evitar que mediante el empleo de estas modalidades se eluda ilegítimamente la aplicación de las normas laborales.

Recientemente (20 de setiembre de 2013) se aprobó la ley N° 19.133, que consagró normas para el fomento del empleo juvenil. La norma prevé cuatro modalidades de contratación: la primera experiencia laboral (cuyo plazo debe ser de entre 6 y 12 meses); la práctica laboral para egresados (plazo de entre 6 y 12 meses); el trabajo protegido joven (entre 6 y 18 meses) y la práctica formativa en empresas (que no puede superar de 60 horas, tratándose de una modalidad no remunerada). En todo caso, las empresas que hagan uso de estas modalidades de contratación deben cumplir con una serie de requisitos previos (encontrarse en situación regular de pagos de contribuciones

especiales de seguridad social, no haber despedido ni enviado a seguro de paro en los 90 días anteriores a trabajadores que realicen iguales o similares tareas a las contratadas) y el porcentaje de empleados contratados bajo estas modalidades no puede exceder el 20% de los trabajadores permanentes de la empresa. Además las empresas deben colaborar con la formación y capacitación de los jóvenes y extender una constancia que acredite la experiencia realizada por éste en el puesto de trabajo así como la asistencia, el comportamiento, el desempeño en el trabajo y las competencias adquiridas.

3. ¿La regulación legal en Uruguay reconoce un derecho preferente a los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo permanente en la empresa?

No existen normas legales que beneficien al trabajador temporario con la titularidad de un derecho de preferencia para integrarse en el futuro a la empresa como trabajador permanente.

Sin embargo, es bastante usual que a nivel de la negociación colectiva se acuerden mecanismos de ese tipo.

4. ¿La regulación legal en Uruguay permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales en comparación con los permanentes? ¿La realidad del mercado de trabajo cumple con esta regulación?

Los trabajadores temporales tienen reconocidos los mismos derechos que los trabajadores permanentes, con la única excepción del derecho a percibir la indemnización por despido (que aplica en caso de ruptura unilateral por el empleador del vínculo laboral *sin plazo determinado*). Tal igualdad de derechos incluye todo lo que tiene que ver con las condiciones de trabajo (limitación de la jornada, descansos semanales, vacaciones, salarios y retribuciones en general, determinación de la categoría laboral, etc.), titularidad y ejercicio de derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva, derecho de huelga) y cobertura de las prestaciones de seguridad social.

En la realidad del mercado de trabajo tales reglas son, por lo general, respetadas y cumplidas de manera que puede calificarse como bastante satisfactoria.

5. ¿Cuál es el papel de las Empresas de Trabajo Temporal en el ámbito de la contratación temporal?

La actuación de las Agencias de Trabajo Temporal en el mercado de trabajo uruguayo no es demasiado significativa. La tasa de penetración de los empleos generados a partir de dichas Agencias en el total de la población asalariada es apenas superior al uno por ciento (1,3%), siendo la industria y el comercio (gastronomía y hotelería) los sectores en los que tienen mayor presencia (cfe.: Tercerización mediante Agencias de Trabajo Temporal en América Latina, CSA-CSI, GTAS, Grupo de Trabajo sobre autorreforma sindical, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_227991.pdf).

Si bien no existen estadísticas oficiales al respecto, se puede estimar que la contratación temporal a través de las Agencias de Trabajo Temporal representa un porcentaje relativamente pequeño en relación al total de los contratos temporales que se celebran en el mercado de trabajo uruguayo.

6. ¿Cuál es la regulación legal en relación con la extinción del contrato temporal? En concreto, ¿el ordenamiento jurídico laboral reconoce una compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal?

No están previstas compensaciones o indemnizaciones para poner fin a los contratos temporales. La indemnización por despido legal (prevista para los casos de despido de trabajadores permanentes) sólo resulta aplicable a los trabajadores temporales cuando resulta demostrado que la calificación de *temporal* que las partes pretendieron darle al vínculo que acordaron, resultó distorsionada por las características que el mismo tuvo en la realidad (por aplicación del denominado *principio de primacía de la realidad*).

En tales casos (que se exteriorizan si existe reclamación por parte del trabajador y cuya dilucidación queda sometida a la autoridad judicial), se considera que debe prevalecer la realidad por encima de las formalidades.

7. ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la regulación en materia de contratación temporal?

Si se demuestra que, en los hechos y más allá de la calificación que pretendieron darle las partes celebrantes, el vínculo tuvo características de *permanencia*, al llegar a término la relación, el empleador quedará obligado a pagar la indemnización por despido que corresponde a los trabajadores permanentes.

No existen consecuencias o sanciones de otra índole (administrativas, penales, etc.).

8. ¿La regulación legal sobre contratación temporal incluye previsiones dirigidas a evitar el fraude en la contratación temporal?

A pesar de la ausencia de normas legales que los impongan, existen principios elaborados por la doctrina (y unánimemente aceptados por la jurisprudencia) de los que se derivan una serie de consecuencias aplicables a la contratación temporal.

Así, por ejemplo, el principio de *primacía de la realidad* (que impone que deba privilegiarse lo que realmente aconteció en los hechos, más allá de las formalidades o de los calificativos que las partes emplearon al vincularse) o el *principio de continuidad* (que privilegia los vínculos laborales *sin plazo determinado* y a partir del que se proyectan diversas consecuencias, como p. ej.: la presunción simple de que los vínculos laborales tienen carácter de *permanentes*; la *automática conversión en permanentes* de aquellos vínculos originariamente pactados como temporales pero que de hecho continúan ejecutándose más allá del plazo establecido, o el mismo efecto de *conversión automática* en caso de *sucesión de contratos temporales*).

9. ¿Cuál es el papel de la negociación colectiva en Uruguay en relación con la contratación temporal?

La negociación colectiva cumple un rol importante en la materia, en particular en aquellos sectores de actividad en los que resulta habitual el empleo de las modalidades de contratación temporales.

Por convenio colectivo es posible establecer diversos tipos de reglas, p. ej.: plazos máximos, preferencia del trabajador para acceder al carácter de permanente, listas o “*bolsas*” de trabajo para atender convocatorias, etc.

En algunos convenios colectivos se establecen reglas que deben respetarse en el momento de poner fin a los contratos temporales (p. ej.: en la industria de la construcción debe respetarse determinado orden para dar de baja a los operarios a medida que van avanzando las diversas etapas de la obra).

10. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal

La característica más relevante de la contratación temporal en Uruguay, consiste en que a pesar de la casi total ausencia de normas legales que regulen el tema, existen diversas reglas y límites que si bien tienen origen y desarrollo fundamentalmente doctrinario, en

los hechos se imponen a las partes *como si tuvieran su fuente en el derecho positivo*. Dichas reglas se inspiran, básicamente, en principios jurídicos de carácter tutelar, que encuentran sustento en preceptos constitucionales (en particular, en el art. 53 de la Constitución uruguaya, que establece que *el trabajo está bajo la protección especial de la ley*) o que la doctrina ha desarrollado sobre la base de tomar a los mismos como referencia (p. ej. principio *de primacía de la realidad*, principio *de continuidad*) y que en la práctica evitan que el empleo abusivo de las modalidades de contratación temporal se imponga para eludir la eficacia de las normas laborales.

FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS IN THE UNITED STATES

Thomas C. Kohler

Professor of Law

Boston College Law School, Newton, MA 02159 U.S.A.

1. Is it possible to subscribe temporary employment contracts in the United States? What is the principle that governs temporary work?

The United States default rule is employment at will. Only a relatively small proportion of the workforce have employment contracts, since the existence of such a contract would change the rules for terminating the relationship from an at will basis to one requiring good cause. Formal employment contracts tend to exist only for the very highly compensated employees, although employees in the United States often will execute agreements to arbitrate all employment disputes, as opposed to pursuing claims in civil courts, as a condition of their employment. The U.S. permits the formation of nearly any sort of arrangement desired by the parties. There are no general restrictions on term of contracts. “Temporary employment” is not a legal category in American employment law.

Because of the “at will” rule, employers can hire on any basis they choose. A great many people work “part time” jobs, where they get only 20 or so hours a week. [This allows the employer to avoid some types of benefit payments, and keeps these employees under the hour limits that the new “Obamacare” law establishes (The “Affordable Care Act”).

2. Which temporary employment contracts exist in the United States? In which cases can these temporary employment contracts be used and what is their legal regulation?

See answer to question #1.

3. Does the legal regulation in the United States recognize temporary workers a preferential right to occupy a permanent job in the company?

Not in the United States. Any sort of preference would only come contractually, for example, through a collective bargaining agreement.

4. Does the legal system in the United States allow differences in the working conditions of permanent and temporary workers? Does the reality in the labor market fulfill this regulation?

Yes, employers are free to state different terms for employees. There are some restrictions on discrimination in benefits under the tax law, but these restrictions typically would not affect persons hired on a part-time basis. Again, American law does not recognize temporary workers as a legal category.

5. What is the role of Temporary Employment Agencies in regard to temporary work?

Unlike countries like the German Federal Republic, United States law does not regulate employment agencies under its employment law.

The use of “staffing services” is widespread in the U.S., and many employers use them to obtain part-time or short term workers.

Many employees -part and full-time- actually work for agencies that lease workers to companies. Many employers use such staffing agencies to avoid administering income tax withholding, unemployment and workers’ compensation insurance, etc. Often, employers also prefer to use leased employees as a way of determining whether they would like to hire the person on a permanent basis. The number of hours such leased employees work is determined by the company who leased them. If the company dislikes a leased employee for any reason, it can simply tell the staffing agency not to send them. Staffing can allow an employer to insulate itself against any sort of employment-related liability.

6. Which is the legal regulation regarding the expiry of temporary employment contracts? Specifically, does the legal regulation recognize compensations to workers for the expiry of the temporary employment contract?

This question does not apply to the U.S. -see above.

7. Which consequences arise from the breach of the legal regulation of temporary employment contracts?

This question does not apply to the U.S. -see above.

8. Does the legal regulation of temporary employment contracts include provisions designed to prevent fraud on temporary work?

This question does not apply to the U.S. -see above. However, under certain circumstances, a claim may lie for implied contract or for equitable estoppel if fraud in the offer exists. These are common law claims, NOT statutory claims. There are no specific legal protections for temporary employees.

9. What is the role of collective bargaining in the United States in regard to temporary employment contracts?

The parties to a collective agreement may agree to provisions regarding part time, temporary, or contingent workers. The parties are generally free to frame language as they wish.