

**COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
FIXED-TERM CONTRACTS AND THE PRINCIPLE OF EQUAL
TREATMENT**

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 1/2017 of IUSLabor is dedicated to fixed term contracts and the principle of equal treatment . We have had the collaboration of internationally renowned academics and professionals from Belgium, France, Germany, Greece, Italy, Portugal, Spain, Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Mexico, Dominican Republic, Uruguay, Canada and the USA.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 1/2017 de IUSLabor está dedicado a los contratos temporales y el principio de igualdad de trato. Hemos obtenido la participación de académicos y profesionales de prestigio de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, México, República Dominicana, Uruguay, Canadá y Estados Unidos.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Los contratos temporales y el principio de igualdad de trato

Keywords: fixed term contract, temporary contract, equal treatment, right to occupy a vacant, working conditions, compensation, extinction, indefinite contracts, “Diego Porras”.

Palabras clave: Contratos de duración determinada, contratos temporales, igualdad de trato, derecho a ocupar una vacante, condiciones laborales, indemnización, terminación del contrato, contrato indefinido, “Diego Porras”

IUSLabor 1/2017, p. 1-127, ISSN 1699-2938.

Summary

1. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in Belgium, by Pieter Pecinovsky.
2. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in France, by David Jonin and Vincent Alazard.
3. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in Germany, by Alexander Stöhr.
4. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in Greece, by Evangelos D. Angelopoulos.
5. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in Italy, by Mirko Altimari.
6. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in Portugal, by Catarina de Oliveira Carvalho and Luísa Andias Gonçalves.
7. Contratos temporales y principio de igualdad de trato, por Albert Martín Gámez y Marta Martínez Martí
8. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en Argentina, por Pablo Arnaldo Topet
9. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en Brasil, por Helena Stela Sampaio y Eduardo Pragmácio Filho
10. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en Chile, por Francisco J. Tapia Guerrero y Carmen Elena Domínguez.
11. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en Costa Rica, por Alexander Godínez Vargas y Isabel C. Jaramillo Arango
12. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en México, por Adela Noemí Monroy y Jessica Judith Sánchez
13. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en República Dominicana, por Natachú Dominguez Alvarado.
14. Contratos temporales y principio de igualdad de trato en Uruguay, por Mario Garmendía Arigón.
15. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in Canada, by Eric Tucker and Alec Stromdahl.
16. Fixed-term contracts and principle of equal treatment in The United States Of America, by Thomas Kohler

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN BELGIUM

Pieter Pecinovsky

PhD Candidate, University of Leuven (KU Leuven)

Introduction

According to Eurostat only 8.9% of the working population (15-64 years old) in Belgium was employed under a temporary contract and could be qualified as a temporary worker. Comparing over a period since 2014 there has been no significant evolution in this number. Compared to the neighboring countries France (16,8%), The Netherlands (21,1%), Germany (13,2%), Luxemburg (9,8%) and the EU average of 14, 6% this is rather a low percentage. A slightly higher percentage of the female (9,4%) workers were employed under temporary contracts than male workers (8,4%). According to the statistics of the Federgon Association for agency workers, in 2015, agency work only could account for 2,61% of the total working population. On an average day there were 100.345 full time equivalent agency workers employed. However if we do count job students as temporary workers and do not measure the temporary workers in full time equivalents there were 584.332 agency workers in 2015 (of which 390.711 job students). One can conclude that temporary workers are still a minority in Belgium and the permanent contract does very much maintain its position as the standard form of employment.

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

Permanent employment is the norm in Belgium. However fixed-term contracts are, under some conditions allowed by the legislator, laid down in the Act of 24 July 1987 on Temporary Work. In theory the temporary contract is seen as the exception. During the last decade temporary work has raised in popularity thanks to the economic crisis and the higher demand of employers for flexible contracts. In principle temporary work cannot be used to fulfill the permanent needs of the company. However the Act of 26 June 2013 introduced a new condition in article 1, §1bis of the Temporary Work Act, which allows the use of a fixed contract: since 1 September 2013 one can hire a posted worker to fill a vacancy in the user's company, envisaging the hiring of the temporary worker for a permanent position in the company after the fixed term ends. The same can be done via agency work. This use of fixed-term contracts can *de facto* be seen as a sort of trial period for the fixed-term worker, but it also allows the employer to see if the creation of a permanent position is necessary or not. As the goal of this use is to hire the worker on a

permanent basis, one could qualify it as a tool to fulfill the permanent needs of the enterprise.

Further, at the end of 2015 (Act of 15 November 2015) the legislator introduced the so-called '*flexi-jobs*' for the sector of hotels, restaurants and bars. The system of flexi-jobs is meant to make it easier and fiscally attractive for persons who already have a main profession to earn a little bit of extra money by working in a bar, hotel or restaurant. Employers in this sector can make use of flexi-workers to carry out the permanent needs.

2. Which fixed-term contract exist?

As said, 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 in mostly 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 Temporary Work Act).

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.

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 8bis Law of 24 July 1987).

The regulation of the duration and conditions is regulated in more detail by Collective Agreement n° 108 of 16th 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 company 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 in 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.

Next to those general rules, there also some special regulations for student jobs and flexi-jobs (in hotels, restaurants and bars) which will not be discussed in detail but who can be seen as temporary by nature.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

As seen under the former question, the Collective Agreement n° 108 puts down several maximum durations, these are:

Fixed-term contract to replace permanent worker:

- Contract ended with notice term: 3 months
- Contract ended with urgent cause: 6 months
- Contract ended on another way: 3 months + prolongation of 6 months
- Via agency work: 6 months + prolongation of 6 months

Fixed-term contract in case of temporary increase of workload:

- Normal: 1 month, but permission each time for 1 month renewable without limit
- Via agency work: no maximum duration + renewable without limit but after 12 months only a maximum prolongation of 6 months is possible.

Fixed-term contract for a specific work: 6 months + prolongation of 6 months

Fixed-term contract to recruit temporary worker: 6 months (max. 9 months if different temporary workers are employed for the same position).

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

The fourth legal possibility for the use of temporary work is, as seen, the hiring of a temporary worker with the eye on recruitment for a permanent position. According to the parliamentary preparatory texts this recruitment possibility was mostly introduced to give temporary workers a gateway to permanent positions. It is however self-evident that the introduction of this fourth possibility for temporary work was a flexibilisation of the rather strict regulation for agency work. To temper the fears of the trade unions that agency work and other forms of fixed-term contracts would take over permanent contracts as the standard form of employment, the necessary safeguards were accompanying this new motive for fixed-term contracts. In a way one could see this recruitment motive as a way to foster employment and job creation. The other motives seems to be more directed to give more flexibility for employers who encounter temporary employee shortages. Which *in se* has no purpose of job creation, but can have this as a side effect.

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

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 (article 20bis Temporary Work Act). This obligation of 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.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

The principle of non-discrimination and equal treatment is a central principle of the Temporary Work Act. This principle has existed already long before EU Directive 2008/104 was adopted. Article 10 of the Temporary Work Act 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 no differences in working conditions allowed. However because 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.

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

Normally there will be no economic compensation when the fixed term of the contract is over. The employment relationship will cease to exist and the employer/user and temporary worker will have no longer any obligations towards each other. However when temporary contracts are used to replace permanent workers there is a possibility that the employer will find a permanent replacement for the vacancy before the agreed term of the fixed-term contract ends. In reality an employer would of course wait with hiring a new permanent worker until the fixed term of the temporary workers has finished. In case he prefers not to wait, according to article 15 of the Temporary Work Act he is obliged to pay the temporary worker a compensation of 3 months wage or to give him a replacement job with the same wage and labour conditions. The compensation is not due if the fixed term contract was ended with urgent cause.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

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.

Naturally there is compensation for the temporary worker when the company ends the contract before the expiry of the fixed term. In this case the company will have to pay a compensation equaling the wage due for the remaining of the agreed duration of the contract unless if this is more than double the compensation the worker would be entitled to if he would have had a permanent contract (article 14 Temporary Work Act).

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

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. This is also the case if the work or the contract exceeds the maximum allowed duration.

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 sometimes reason that a temporary worker who did not 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.

10. What consequences on the legal regulation can arise from the decision of the ECJ of September 14th, 2016, which does not allow differences between fixed-term and indefinite workers regarding compensation for extinction of the contract?

The dismissal based on economic, technic, organizational or production grounds does not give any (permanent or temporary) worker a right to a special compensation. This unilateral ending of the contract would result on one hand in a term of notice (based on the seniority) for the permanent worker, which can be replaced by a dismissal compensation (that equals the wage during the notice period). On the other hand, for the temporary worker the unilateral dismissal would result in a compensation equaling the wage due for the remaining of the period which was agreed upon in the contract.

This means that both temporary as well as permanent workers would be compensated. In most cases the compensation for the permanent worker will be higher, yet this is justified seen their higher seniority. Moreover this cannot be qualified as a special compensation. Therefore there would be no discrimination between permanent and equal workers as was the case in the decision of the ECJ.

References and judicial decisions

P. VAN DEN BERGH AND F. HENDRICKX, “Uitzendarbeid and terbeschikkingstelling”, in F. HENDRICKX, in C. ENGELS, *Arbeidsrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 267-298.

O. WOUTERS, Uitzendarbeid: nieuwe regels vanaf 1 september 2013, Or. 2013, afl. 7, 162-170.

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN FRANCE

David Jonin

Attorney, Partner, Gide Loyrette Nouel, Paris

Vincent Alazard

Master 2 DPSE Student, University Paris 1

Apprentice at Gide Loyrette Nouel, Paris

Introduction

A fixed-term employment contract (or CDD) is an employment contract by which an employer (company, enterprise, etc.) recruits an employee for a limited period of time.

Such contracts may only be concluded for the performance of a specific temporary task, and only in situations set out by law. For example, a fixed-term employment contract may be concluded: to replace an employee who is absent or provisionally working part time (parental leave, etc.), or to replace an employee who has not yet taken up his/her position. Such contracts may also be concluded in the event of a temporary increase in the activity of the company, for seasonal work or for State-assisted employment within the framework of employment support measures¹.

Fixed-term contract is tolerated in France only for specific and temporary task but it is also submitted to strict rules. Indeed, all fixed-term contracts must be in writing and should contain all the mandatory clauses of an indefinite-term contract. Moreover, fixed-term contracts must be signed by the employee within two days of the start date.

Fixed-term contract is notably criticized in France because it represents a precarious employment. This is why, the French regulations regarding fixed-term contracts have for main purpose to compensate the precariousness of worker employed for a fixed-term period.

Non-compliance with any of these rules will allow the employee to claim the benefits from an indefinite-term contract and can also lead to criminal sanctions².

¹ Articles L. 1242-1 TO L. 1242-4 of the French Labour Code.

² Articles L. 1245-1 AND L. 1245-2 of the French Labour Code.

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

It is possible to subscribe fixed-term contracts in France, however recourse to fixed-term employment contracts is strictly defined by law.

a) Law that rules fixed-term contracts

The fixed-term contract is regulated by the French labour Code, at the articles L. 1241-1 to L. 1248-11 and at the articles D. 1242-1 to D. 1242-7.

More precisely, the fixed-term contract is legal if it respects a special drawing-up.

It must, in particular, indicate³: the name and qualifications of the replaced employee (in case the fixed-term contract is concluded to replace an employee); the end date of the contract and, when appropriate, a renewal clause minimum period of duration for contracts that do not specify a term; the workstation occupied by the employee; the applicable collective agreement; the duration of the trial period in case such is envisaged; the remuneration and its various components.

b) Fixed term contract and company's permanent needs

The fixed-term contract, that respects clauses and articles mentioned, must also have a defined objective.

Nonetheless, the law prohibits certain objectives to recourse to a fixed-term contract. By example, pursuant to the article L. 1242-1 of the French labour Code: "*fixed-term contract may neither have the purpose nor the effect of permanently filling a job that is related to the employer's normal and permanent business activity*".

2. Which fixed-term contracts exist?

A company can only have recourse to fixed-term contracts in certain cases and to achieve certain objectives. These cases are defined by the article L. 1242-2 of the French labour Code:

³ Article L. 1242-12 of the French Labour Code.

1. Replacement of an employee: Replacement of an employee in case of absence (sick leave, maternity leave etc.); fixed-term assignment to fill a position to be made redundant following the departure of the employee who had previously occupied the position; fixed-term assignment to fill a position until the employee hired under an indefinite-term contract takes up the position. This supposes that the position in question has been assigned to an employee who has already been hired, but is not yet available; thus, a fixed-term employment contract cannot be used to fill a position while searching for the 'right' candidate to hire⁴.
2. Temporary increase in the company's activity (linked to a specific project or task);
3. Seasonal employments or employments for which in certain sectors of activity it is a custom not to have recourse to indefinite-term contracts

Precisely, the article L. 1242-2 § 3 of the French Labor Code, a fixed-term employment contract can be entered into for job positions where, in certain sectors of activity defined by decree or extended collective bargaining agreement or collective agreement, it is common practice not to use indefinite-term employment contracts owing to the type of the activity performed and the temporary nature of such jobs.

Article D. 1242-1 of the French labour Code lists the 20 sectors of activity where it is customary to use specific fixed-term employment contracts.

The sectors of activity concerned are those that correspond to the company's main activity⁵.

The grounds must be mentioned in the fixed-term contract.

Besides, the article L. 1242-3 of the French labour code foresees that fixed-term contracts can be concluded for promoting the recruitment of certain categories of unemployed persons; and when the employer undertakes to provide additional professional training to the employee.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

⁴ Labour Division (Chambre sociale) of the Court of Cassation, 9 March 2005 n°03-40.386.

⁵ Labour Division (Chambre sociale) of the Court of Cassation, 27 September 2006, n°04-47.663.

a) Duration of fixed-term contract

Fixed-term contracts must be concluded in writing for either a “*specified term*” (the contract specifies an end date and hence a duration) or an “*unspecified term*” (for replacements of employees on sick or maternity leave, for example), in which case it must specify a minimum duration.

It ends on the date set at the outset or, in the absence of such a specified date, when the purpose for which it was concluded is achieved (return of the employee being replaced).

Therefore, fixed-term contracts terminate either on the date of expiry of the previously determined date specified in the contract or when the event for which the contract was concluded occurs.

Fixed-term contracts may generally not exceed a total of eighteen months in duration, including the possible renewal⁶.

However, fixed-term contracts can be concluded for twenty-four months when the contract is implemented abroad; in the event an employee leaves the company due to redundancy of his/her position; In case of an important order related to export.⁷

The duration of a fixed-term contract may not exceed nine months while waiting for admission into the company of an employee hired under a contract in indefinite duration; and when urgent work is to be carried out for safety reasons⁸.

Contracts concluded for the recruitment of engineers and executives for the completion of a defined assignment have a minimum duration of eighteen months and a maximum duration of thirty-six months. They cannot be renewed⁹.

A fixed-term employment contract cannot be used to fill a job related to the regular, permanent activity of a company. If such a contract is signed outside the legal framework, it may be requalified by the judge as an employment contract of indefinite duration at the request of the employee¹⁰, along with applicable severance payments.

⁶ Article L. 1242-8 of the French Labour Code.

⁷ Article L. 1242-8-1 of the French Labour Code

⁸ Article L. 1242-8-1 of the French Labour Code

⁹ Article L. 1242-8-1 of the French Labour Code

¹⁰ Article L. 1245-1 of the French labour Code.

b) Duration of trial period for a fixed-term contract

The maximum duration of a trial period for fixed-term contracts is one day per week within a two-week limit for fixed-term contracts of six months' duration or less, and one month for fixed-term contracts with duration of more than six months¹¹.

When the contract does not contain a precise term, the trial period is calculated on the basis of the minimum duration of the contract.

c) Renewal and repetitive use of fixed-term contracts

Only fixed-term contracts concluded for the execution of a precise and temporary task can be renewed twice for a certain period, subject to the whole duration of the contract including the renewal does not exceed eighteen months¹².

When a fixed-term contract expires, the company may not have recourse to another fixed-term contract to fill the same position before expiration of a period of time equal to the third of the duration of the initial contract, including the possible renewal¹³.

However, the period of time imposed between the conclusion of a new fixed-term contract is not mandatory¹⁴ when the previously replaced employee is again absent from work; when urgent works are necessary for safety reasons; when the employment is seasonal or customary; when the contract was terminated on the part of the employee before expiration of the contract; when the employee refuses the renewal of his/her employment contract. In such case, a new fixed-term contract may be concluded for the duration of the non-renewed contract.

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

The French labour Code foresees the using of fixed-term contracts in order to serve the employment policy and to promote the hiring of certain categories of person.

¹¹ Article L. 1242-10 of the French Labour Code.

¹² Article L. 1243-13 of the French Labour Code.

¹³ Article L. 1244-3 of the French Labour Code.

¹⁴ Article L. 1244-4 of the French Labour Code.

Indeed, fixed-term contract can be concluded for promoting the recruitment of certain categories of unemployed persons; and when the employer undertakes to provide additional professional training to the employee ¹⁵.

Contracts regarding the employment of certain categories of persons can be concluded with a fixed-term.

The categories of persons aimed are the youth (with the professionalization contract¹⁶); persons in difficulty to find a job (single inclusion contract¹⁷); and seniors (fixed-term contract seniors¹⁸).

In order to promote the hiring and the professional training of the persons mentioned, the employer can propose them a contract with a fixed-term period.

Indeed, these contracts are most often accompanied by financial assistance and exoneration of social contributions from the State, in cases where the employer undertakes to provide additional professional training.

In the same way, in order to improve the professional training of worker hiring in fixed-term contract, the article L. 1243-9 of the French Labour Code states that: “*a collective bargaining agreement can foresee that the employer can limit the amount of the economic compensation due to the extinction of the fixed-term contract, if counterparties are offered to employees, in particular in the form of privileged access to professional training*”.

In particular, the employer can propose to his employee a personal skills assessment.

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

No regulation foresees for fixed-term workers hired by a company, a preference to be hired again by the company when a temporary and/or indefinite position is available.

Pursuant to the article L. 1242-17 of the French labour Code, the employer has just an obligation to inform the fixed-term workers when a temporary and/or indefinite position is available.

¹⁵ Article L. 1242-3 of the French Labour Code.

¹⁶ Articles D. 6325-1 to D. 6325-32 of the French Labour Code.

¹⁷ Articles L. 5131-1 to L. 5131-7 of the French Labour Code.

¹⁸ Article D. 1242-2 of the French Labour Code.

However, this information is compulsory only if such information system already exists for indefinite-term workers. Moreover, the breach of this obligation of information is sanctioned by no regulation.

In the French regulation regarding fixed-term contract does not exist a preferential right to occupy a vacant position –fixed-term or indefinite– in the firm. Pursuant to the entrepreneurial freedom foreseen in the article 4 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789, attached to the French Constitution, the employer is free to choose the persons that he hires, in fixed-term or indefinite-term contract, in his company.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

Pursuant to the article L. 1242-14 of the French labour Code: *“the legal and contractual regulations as well as those resulting from the usages, implemented to employees in an indefinite-term contract, are equally implemented for employees in fixed-term contracts, with the exception of the rules concerning breach of the employment contract”*.

There is a principle of equal treatment between the fixed-term workers and indefinite-term workers.

a) Remuneration

The employee’s remuneration must not be lower than the remuneration granted to an employee hired in the same company with an indefinite-term contract whose qualifications are equivalent and who carries out the same duties¹⁹.

The equality of the remuneration must be complied with during the trial period as well as after²⁰.

b) Paid holidays

The employee hired with a fixed-term contract is entitled to annual holidays in the same conditions as the other employees in the company. Nevertheless, in the event the company’s organization does not allow the fixed-term worker to take holidays, the employee is entitled, whatever the duration of the contract, to a compensatory indemnity

¹⁹ Labour Division (Chambre sociale) of the Court of Cassation, 26 February 1997, n° 94-41.882

²⁰ Article L. 1242-15 of the French Labour Code.

paid in lieu of paid holidays at least equal to the tenth of his total gross remuneration²¹. This indemnity is paid out to the employee the date the contract expires, except where the contractual relations continue within the terms of an indefinite-term contract.

c) Health and Safety

The employees hired with fixed-term contracts are subject to the same rules related to health and safety as the other employees. They benefit from the training on security, in the same way as all the new employees in the company. Therefore, companies have the obligation to recognize fixed-term workers the same labor conditions as indefinite employees.

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

When a temporary contract is terminated according to a valid termination (end of the service for which the worker was hired; the expiration of the date established in the contract), fixed-term contracts cease, in principle without the need for the employer to propose a period of notice²².

Nonetheless, employees working under fixed-term contracts must receive an indemnity destined to compensate the precariousness of their job situation²³.

Pursuant to the article L. 1243-10 of the French labour Code, this economic compensation is not due in the cases of seasonal employment or temporary employment, contract concluded in the context of an employment policy or to provide participation in complementary training; contract concluded with a student during school or university holidays; employee's refusal to accept the conclusion of a contract of indefinite duration to carry out the same duties or similar duties for equivalent remuneration; and continuation of the contractual relationship within the terms of a contract of indefinite duration after the expiration of a fixed-term contract.

²¹ Article L. 1242-16 of the French Labour Code.

²² Article L. 1243-5 of the French Labour Code.

²³ Article L. 1243-8 of the French Labour Code.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

a) The amount of the economic compensation

Pursuant to the article L. 1243-8 of the French labour Code: *“The amount of the economic compensation is equal to 10% of the total gross remuneration the employee was paid during the execution of the contract, including the bonuses and other ancillary salaries, except for compensatory indemnity in lieu of paid leave. (...) The indemnity is paid to the employee upon the expiration of the contract together with the last salary and must appear on the corresponding payslip”*.

By exception, a collective bargaining agreement can foresee that the employer can limit the amount of the economic compensation due to the extinction of the fixed-term contract at 6% of the overall gross remuneration, if counterparties are offered to employees, in particular in the form of privileged access to professional training²⁴.

b) Comparison with the amount allocated to workers for the extinction of the contract due to economic reasons

The amount recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons is different than the amount for economic compensation upon the expiration of the fixed-term contract.

Indeed, pursuant to the article L. 1242-14 of the French labour Code, regulations implemented to employees in an indefinite-term contract, are equally implemented for employee in a fixed-term contracts, *“with the exception of the rules concerning breach of the employment contract”*.

The termination of an indefinite-term contract, even due to economic reasons, entitles to the same severance pay foreseen at the article L. 1234-9 of the French labour Code.

The amount of the severance pay cannot be less than one-5th of a month's salary per working year, plus two-15th of a month per year beyond ten working years²⁵.

²⁴ Article L. 1243-9 of the French Labour Code.

²⁵ Article R. 1234-2 of the French Labour Code.

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

When a company fails to comply with the regulations on fixed-term employment contracts and the term of the fixed-term employment contract is not exceeded yet, the employee can ask for the reclassification of his fixed-term contract into an indefinite-term employment contract and the payment of a reclassification indemnity (a). Another case scenario is when the term of the fixed-term employment contract is exceeded. In such a case, the employee may be able to obtain indemnities usually paid within the scope of the termination of an indefinite-term employment contract: notice period, severance pay, and even damages for unfair dismissal (b). Criminal sanctions are also possible, although rare in practice (c).

- a) Reclassification into an indefinite-term employment contract and payment of a reclassification indemnity²⁶

Where the Employment Tribunal rules that the fixed-term contract was irregular, it must automatically grant a reclassification indemnity, the amount of which cannot be lower than one month's salary²⁷.

A reclassification indemnity is due, even where the fixed-term employment contract was followed by a recruitment under an indefinite-term employment contract²⁸.

It must be specified that no such reclassification indemnity is due when the fixed-term contract continues after its programmed termination date.

When an employee worked for an employer under successive fixed-term employment contracts later reclassified into an indefinite-term employment contract, that employee is entitled to only one indemnity in all, and not one per fixed-term contract²⁹.

²⁶ Articles L. 1245-1 and L. 1245-2 of the French Labour Code.

²⁷ Labour Division (Chambre sociale) of the Court of Cassation, 29 September, 2004, n°02-40.927.

²⁸ Labour Division (Chambre sociale) of the Court of Cassation, 9 March, 1999, n°96-41.586.

²⁹ Labour Division (Chambre sociale) of the Court of Cassation, 25 May, 2005, n°03-43.146

- b) Reclassification into an indefinite-term employment contract and payment of damages for unfair termination³⁰

A fixed-term employment contract that is ruled irregular will be considered as an indefinite-term employment contract from the outset. Therefore, if the contractual relations have ended (the employer has informed the employee of its decision not to renew the fixed-term contract upon its expiry or has terminated the fixed-term contract prematurely), this termination will be construed as being a dismissal.

Such dismissal is considered to be devoid of real and serious cause, for lack of a duly substantiated dismissal letter. The employee is thus entitled to the corresponding indemnities. However, the court can decide that the letter of termination of the contractual relations equates to a dismissal letter and can thus rule that the dismissal is well-founded.

- c) Criminal sanctions³¹

In addition to the risk of seeing the fixed-term contract reclassified into an indefinite-term contract, a company that fraudulently resorts to fixed-term employment contracts can be held criminally liable.

An employer can be sentenced to pay a maximum €3,750 fine (€7,500 in case of repeated offences) and/or to six months' imprisonment maximum (although this is rather theoretic).

10. What consequences on the legal regulation can arise from the decision of the ECJ of September 14th, 2016, which does not allow differences between fixed-term and indefinite workers regarding compensation for extinction of the contract?

Pursuant to the decision of the European Court of Justice of September 14th, 2016 (case Diego Porras, C-596/14), the principle of equal treatment set by Directive 1999/70/EC is also applicable to the economic compensation for termination of the fixed-term contract.

In France, article L. 1242-14 of the French Labour Code implements a principle of equal treatment between the fixed-term workers and indefinite-term workers “*with the exception of the rules concerning breach of the employment contract*”.

³⁰ Article L. 1243-11 of the French Labour Code.

³¹ Article L. 1248-1 to L. 1248-11 of the French Labour Code.

However the French regulation seems to be according with the Directive 1999/70/EC because the calculation of the indemnity destined to compensate the precariousness³² of fixed-term contract is more favorable for fixed-term workers, than the severance pay due to economic reasons³³.

Indeed, workers in indefinite-term contract, pursuant to the article L. 1234-9 of the French labour Code, the severance pay is due after “*one year of uninterrupted service with the same employer*”. Moreover, the amount of the severance pay is variable according to the years of working in the same company³⁴, regarding workers in fixed-term contract, pursuant the article L. 1243-8 of the French labour Code, indemnity destined to compensate the precariousness is due at the termination of the fixed-term contract regardless of the duration of working in the company.

The worker in fixed-term contract is, by definition, a short period in the company. Therefore, the indemnity due for the termination of fixed-term contract is more attractive for a worker in fixed-term contract than the severance pay due to the workers in indefinite-term contract.

11. Optional: Expansion of specifics fixed-term contracts in the French regulation

In principle, indefinite-term contract is the norm and fixed-term contract the exception because it is a more precarious contract.

However, in certain kind of work, it is more interesting and practical to conclude fixed-term contract.

Indeed, certain works are particular and only practicable for a short period in such a way, so indefinite-term contract is not possible. Thus, the French regulation implements special rules about fixed-term contracts for specifics works.

- a) The specific fixed-term contract for the professional video game players.

The law n°2016-1321 of 7 October 2016 implements a specific fixed-term contract for “*any persons having as a remunerated activity, the participation in video games competitions, in a legal subordination with an association or a company approved by the minister in charge of digital*”.

³² Article L. 1243-8 of the French Labour Code.

³³ Article L. 1234-9 of the French Labour Code.

³⁴ Article R. 1234-2 of the French Labour Code.

Association and company approved can resort to fixed-term contract in accordance with specific regulations.

Notably, this fixed-term contract has a minimum duration of 12 months (duration of a competitive video game season) and a maximum duration of 5 years. The contract can be renewed.

By exception, for special video game competition, a fixed-term contract can have duration lower than 12 months³⁵.

b) The specific fixed-term contract for the “*portage salarial*”

“*Portage salarial*” was established in France in the 1980s with the aim of facilitating the employment of senior unemployed persons. It is now regulated under Article L. 1254-1 to L. 1255-18 of the French Labour Code and according to an order of 2 April 2015³⁶.

Hiring out employees for a profit is legal for temporary employment agencies but also for French umbrella companies (entreprises de “*portage salarial*”).

This system can be defined as a set of contractual relationships between an umbrella company, an independent contractor, and a client company.

Two contracts are concluded: first, a service contract between the umbrella company and the client company, and second a fixed-term contract between the independent contractor and the umbrella company to carry out a work in a client company³⁷.

This fixed-term contract is implemented by specific rules foreseen in the regulation about “*Portage salarial*” in the French labour Code.

Notably, the resort to “*Portage salarial*” is legal only if the mission is concluded for an occasional task and a limited duration (maximum 36 months³⁸). This mission must not be part of the normal and permanent activity of the customer company³⁹.

“*Portage salarial*” cannot have the objective or effect of filling permanently a position connected with the normal, on-going activity of the customer undertaking.

³⁵ Article 102 of the law n° 2016-1321, 7 October 2016 for a digital republic.

³⁶ Order n° 2015-380 du 2 April 2015 relating to “French portage salarial”.

³⁷ Article L. 1254-10 of the French Labour Code.

³⁸ Article L. 1254-4 of the French Labour Code.

³⁹ Article L. 1254-3 of the French Labour Code.

“*Portage salarial*” is an innovative form of temporary placement in French, which can be viewed as a halfway house between self-employment and regular employment.

- b) The specific fixed-term contract for professional sportspersons.

The law n° 2015-1541 of 27 November 2015 implements a specific fixed-term contract in order to secure the legal situation of professional sportsperson⁴⁰.

This fixed-term contract is implemented by specific rules foreseen at the article L. 222-2-1 to L. 222-2-8 of the French sport Code.

As for professional video game player, this fixed-term contract has a minimum duration of 12 months (duration of a sport season) and a maximum duration of 5 years. The contract can be renewed.

By exception, for special sport competition, a fixed-term contract can have duration lower than 12 months⁴¹.

References

DIRECTIVE 1999/70/EC 28th June 1999 (framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEE) (Retrieved from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0070&from=EN>).

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. September 14th, 2016 (case Diego Porras, C-596/14), (Retrieved from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0596&from=EN>.)

FRENCH LABOUR CODE, articles L. 1241-1 to L. 1248-11, D. 1242-1 to D. 1242-7, and L. 1254-1 to L. 1255-18 (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>)

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION. Date: 9th March 2005, N°03-40.386 (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051538>).

⁴⁰ Law n° 2015-1541 of 27 November 2015 relating to the protection of the professional sportsperson and to secure their legal and social situation.

⁴¹ Article L. 222-2-4 of the sport Code.

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION. Date: 27th September 2006, N°04-47.663. (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055872>).

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION. Date: 26th February 1997, n° 94-41.882. (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007333403>).

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION. Date: 29th September 2004, N°02-40.927. (Retrieved from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007483595>).

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION. Date: 9th March, 1999, n°96-41.586. (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007039615>).

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION, 25 May, 2005, n°03-43.146. Retrieved from: https://www.courdeCassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/nbsp_arr_997.html).

LAW 2016-1321. Date: October 7th 2016. (Specific fixed-term contract for professional video game players) (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo/texte>.)

LAW 2015-1541. Date: November 27th 2015. (Specific fixed-term contract for professional sportspersons) (Retrieved from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031535624>.)

Bibliography

CHENU., D. « Requalification en CDI d'une succession de CDD conclus dans le secteur du sport professionnel », La Semaine Juridique Social n° 10, 10 Mars 2015, 1077.

DRAI. L. « Le formalisme applicable au renouvellement du CDD », La Semaine Juridique Social n° 47, 29 Novembre 2016, 1403.

EMMANUELLE L., « L'existence ou le montant d'une indemnité de rupture peut-il dépendre de la nature du contrat de travail ? », RJS 12, 1 décembre 2016, page 821.

JACOTOT. D., « Combinaison des différentes normes régissant le contrat de travail des sportifs », La Semaine Juridique Social n° 50, 20 Décembre 2016, 1431.

LAULOM S., « La protection des salariés en contrat à durée déterminée », Semaine Sociale Lamy, N° 1750, 26 décembre 2016.

MOLHO V., Guillot J.B, « Sport - L'e-sport : véritable discipline sportive ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 41, 13 Octobre 2016, 1537.

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN GERMANY

Alexander Stöhr

Research Assistant at the Department of Commercial, Business and Labor Law,
University of Marburg, Marburg, Germany

Introduction

Fixed-term contracts are widespread in Germany. The concrete figures differ, depending on the respective source. According to a study conducted by the Federal Statistical Office, in 2015, eight percent of the employees worked in jobs with fixed-term contracts.⁴² This applies to men (eight percent) and women (nine percent) alike. The number of fixed-term contracts particularly increased after the controversial labor market reform “Agenda 2010” in 2004. Young people are more often in fixed-term employment. The “official” data published by the Federal Statistics Office are as follows:

Year	Age from ... to ... years					
	Total	25 - 34	35 - 44	45 - 54	55 - 64	65 +
1991	5,9	8,4	5,0	4,4	4,4	12,8
2003	6,5	12,1	5,4	3,9	4,2	7,2
2005	8,0	15,9	6,7	4,6	4,5	7,7
2015	8,4	17,9	7,6	4,6	3,6	7,3

This fixed-term employment share would be lower than the European Union average (11,3 percent).⁴³ Others sources suggest a higher fixed-term employment share. According to a survey carried out by the OECD, 14,4 percent of the German employees work in jobs with fixed-term contracts.⁴⁴ A request from the Federal Employment Ministry has shown that 42 percent of new contracts of employment are fixed-term contracts.⁴⁵

⁴²German Federal Statistical Office, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension4/4_2_BefristetBeschaeftigte.html.

⁴³ German Federal Statistical Office, *ibid.*

⁴⁴ Quoted from ZEIT online of April 7th, 2015, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-04/arbeitsvertrag-befristung-arbeitsmarkt>.

⁴⁵Hollstein, Welt online of April 6th, 2014, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article126625402/Mehr-befristete-Arbeitsvertraege-in-Deutschland.html>.

In Germany, fixed-term contracts are traditionally criticized by unions and left wing parties. As a matter of fact, they create an employment relationship which is, by its very nature, insecure and therefore they mean job instability for the employees. Alongside with temporary agency work and part-time work, fixed-term contracts are part of the so called precarious work. In 2015, most of the fixed-term employees (58 percent) had a contract that run for a period of less than a year. 20 percent of the fixed-term contracts had a period between one and two years, 11 percent had a period between two and three years. Another 11 percent had a period of more than three years. It is claimed that fixed-term contracts are used specifically to minimize the labor rights.⁴⁶ Indeed, it was soon realized that fixed-term contracts undermine the protection against dismissal, because the employment relationship ends without notice.⁴⁷

Against this background, the Federal Labor Court developed several restrictions, in particular the need of an objective reason.⁴⁸ After a changeful history of dogmas, fixed-term contracts are now regulated by the Act on Part-Time Work and Fixed-Term Employment (Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG), which entered into force on January 1th, 2001.

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

The German legislator considers employment contracts of an indefinite duration as the general form of employment.⁴⁹ Therefore, fixed-term contracts should not be the normal practice. The permissibility of fixed-term contracts is governed by § 14 TzBfG. According to § 14, Subsection 4 TzBfG, the written form is required. According to § 14, Subsection 2 TzBfG, in the absence of objective reasons, the term of an employment contract is limited for a maximum period of two years, and it may be extended no more than three times up to a total term of two years. A fixed term is not permissible if a fixed or unlimited term employment relationship has previously existed with the same employer. If those preconditions are not met, § 14, Subsection 1 TzBfG requires an objective reason. This provision exemplary describes several objective reasons, for instance that the operational need for the work involved is only temporary, that the employee is hired to fill in for another employee, that the type of work involved justifies a fixed term or that the fixed term is intended to try the employee out. Whether an objective reason exists shall be determined on the basis of a prognosis. In this respect, the time of contract conclusion is decisive.

⁴⁶ So for instance the Left Party, quoted from Hollstein *ibid*.

⁴⁷ Koch, in: Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 16th Edition 2015, § 38 recital 1.

⁴⁸ German Federal Labor Court of January 14th, 1982 – 2 AZR 245/80, NJW 1982, 1475.

⁴⁹ Drucksache des Bundestags 14/4375, S. 12.

Thus, the use of fixed fixed-term contracts for carrying out the company's permanent needs or activities is only permissible if an objective reason either exists or is not required. For example, the Federal Labor Court has negated an objective reason in a case where the fixed-term employee was hired to reduce a backlog in a certain department, because the volume of work in the department was expected to remain the same.⁵⁰

2. Which fixed-term contracts exist?

§ 3 Subsection 1 TzBfG distinguishes two types of fixed-terms: limited calendar term employment agreements, which have been fixed according to the calendar, and employment agreements with a term limited by purpose, whose duration results from the nature, purpose or quality of the work to be rendered. The preconditions for the permissibility are the same and are described above.

Additionally, there are special laws for particular areas of activity: the law on temporary job contracts in science (Wissenschaftszeitvertragsgesetz) for scientific and artistic personnel, and the law on temporary job contracts for physicians undergoing their training (Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung). Finally, collective agreements concerning public employers often state a resolutive condition that the employee obtains a disability pension. However, those types of fixed-term contracts are not of primary importance and shall presently not be further dealt with.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

§ 14 TzBfG establishes a maximum duration only for fixed-term contracts without objective reason, as mentioned above sub 1. The maximum duration for such contracts is two years. Within this period, the contract may be extended up to three times. Another fixed-term contract with the same employer is not permissible.

If an objective reason for the fixed term exists, the cumulative duration is not restricted. Though, as a matter of course, an objective reason is of a temporary nature. For example, a fixed term concluded with a view to ensuring replacement for an employee is only permissible for the duration of the expected need for substitution. If an objective reason exists, the number of contract extensions is not restricted in principle. However, the European Court of Justice and the Federal Labor Court have found that the practice of repeat fixed-term employment (known in Germany as "Kettenbefristung", roughly

⁵⁰ German Federal Labor Court of March 17th, 2010 – 7 AZR 640/08, NJW 2010, 2232.

translated as “chain fixed-term employment”) is potentially abusive and invalid.⁵¹ The questions as to when and under what conditions a repeat fixed-term employment should be regarded as abusive are not yet fully resolved.⁵² As one might imagine, there is a large legal grey area. The relevant parameters are the cumulative duration and the number of extensions, but a comprehensive global assessment is also required.⁵³

A maximum percentage of fixed-term contracts does not exist. The employer is free to subscribe as many fixed-term contracts as he wants, as long as he meets the aforementioned preconditions for the validity. If an employer establishes a high fixed-term employment share in his company, he not only causes job instability for the employees but also for himself, since he always has to ensure a sufficient workforce.

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

§ 14 TzBfG contains two subsections with economic purposes: one is dealing with newly created companies, and one is dealing with elderly people.

Subsection 2a states that in the first four years after the formation of a company, the limitation of the term of an employment agreement according to the calendar where no objective reason exists is permissible; moreover, a term fixed according to the calendar may be extended several times up to the expiration of this four year period. This rule aims at stimulating entrepreneurship and protecting newly created companies in the development phase.⁵⁴

Subsection 3 states that the limitation of the term of an employment agreement according to the calendar to up to five years where no objective reason exists is permissible if the employee is 52 years of age and was unemployed for at least four month immediately prior to the commencement of the fixed term employment agreement. This rule aims at fostering the employability of older unemployed people. The predecessor rule was even more far-reaching, since it did not require a period of unemployment. However, the European Court of Justice decided in the controversial Mangold judgement that such a

⁵¹ ECJ of January 26th, 2012, C-586/10, NJW 2012, 989 - Küküc; German Federal Labor Court of February 19th, 2014 – 7 AZR 260/12, NZA-RR 2014, 408.

⁵² vom Stein, Missbrauchskontrolle bei befristeten Arbeitsverträgen, NJW 2015, 369.

⁵³ German Federal Labor Court, NJW 2012, 1359.

⁵⁴ Drucksache des Bundesrates 421/03, S. 12.

rule contravenes the prohibition of age discrimination.⁵⁵ The new version is predominantly considered to be in conformity with European law.⁵⁶

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

Such regulation does not exist in Germany. In many cases, the employer will prefer the permanent hiring of fixed-term workers over new applicants for economic reasons, since they are already included in the company. This incentive should provide sufficient protection for fixed-term workers.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

§ 4 Subsection 2 TzBfG governs the principle of non-discrimination: an employee employed for a limited term may not be treated worse due to his limited term work than a comparable employee employed for an unlimited term unless there are objective reasons justifying different treatment. A fixed-term employee shall be paid remuneration for work or another divisible non-monetary benefit for a certain calculation period at least to a degree corresponding to the proportion of his employment term to the calculation period. This rule serves the implementation of § 4 of the directive 1999/70/EC. Therefore, differences in working conditions of fixed-term workers in comparison with indefinite workers need justification.

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

An economic compensation for the termination of the fixed-term contract is not obligatory in Germany. Compensation for the termination of the employment relationship is sometimes granted on the basis of a collective agreement or a social compensation plan. According to § 112 Works Constitution Act, a social compensation plan is an agreement between the employer and the works council on full or part compensation for any financial prejudice sustained by staff as a result of planned changes within the company. However, fixed-term employees whose contracts continue until the agreed upon expiration are not entitled to such compensation. Up to now, this legal situation is not considered to be contrary to the principle of non-discrimination.

⁵⁵ ECJ of November 22th, 2005, C-144/04, NJW 2005, 571 – Mangold.

⁵⁶ Meinel, in: Meinel et al, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 5th Edition 2015, § 14 recital 305.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

Because economic compensation is not obligatory in Germany, there is no required amount of compensation.

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

The consequences of invalid setting of term are governed by § 16 TzBfG. If the fixing of the term is not legally valid, then the employment agreement with the limited term shall be deemed to have been concluded for an indefinite period of time. However, if the employee wishes to assert that the term of an employment agreement is invalid, § 17 TzBfG requires him to bring an action before the labor court for declaratory judgement that the employment relationship has not come to an end due to expiration of the term. The action must be brought within three weeks of the agreed upon expiration of the employment agreement. If the employee fails to file his action in time, the fixing of the term is deemed to be valid.

10. What consequences on the legal regulation can arise from the decision of the ECJ of September 14th, 2016, which does not allow differences between fixed-term and indefinite workers regarding compensation for extinction of the contract?

As there are no similar rules on compensatory payment in Germany, the question whether fixed-term employees can be excluded from compensation as decided by the European Court of Justice does not concretely arise. The question is primarily whether the aforementioned exclusion from compensation based on a social compensation plan is in conformity with the principle of non-discrimination. This is to be answered in the affirmative. The compensation only aims at financial prejudice sustained as a result of planned changes within the company. If the contract solely ends because of the fixed term, the extinction is not connected with the changes within the company. The fixed-term employees are only entitled to a proportionate compensation if the contract ends before the agreed upon expiration.⁵⁷ However, compensations which aim at the extinction of the employment relationship as such must also be applied to fixed-term employees from now on.⁵⁸

⁵⁷ Hohenstatt, NZA 2016, 1446,1449.

⁵⁸ Hohenstatt, *ibid.*

References and judicial decisions

EUROPEAN COURT OF JUSTICE, January 26th, 2012 – C-586/10, Küçük

HOHENSTATT, K.-S., Sozialansprüche befristet Beschäftigter aus Gleichbehandlung?, NZA 2016, 1446.

MEINEL, G. ET AL (EDS), Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar, 5th Edition, München 2015.

VOM STEIN, j., Missbrauchskontrolle bei befristeten Arbeitsverträgen, NJW 2015, 369.

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN GREECE

Evangelos D. Angelopoulos
Attorney at Law, LL.M., PhD candidate

Introduction

According to a 2014 Eurostat survey, 12% of the workforce in Greece is employed with a contract of limited duration, a figure slightly beneath the EU-28 average of 14%. It would be no surprise if the percentage is nowadays increased since the fiscal/financial crisis remains severe. The topic of fixed-term employment is highly controversial in Greece with acute political and social ramifications. The type of fixed-term employment was abused by the main political parties over the years in order to attract voters that wished to enter the public sector labour market. It was the most efficient way to circumscribe the strict public-sector hiring legislation and the relevant supervising Authority (Supreme Council of Public Sector Personnel-«ΑΣΕΠ»). Since entering the public sector myriads fixed-term employees were left with the alternative of signing consecutive fixed-term contracts, despite the fact that their work usually covered permanent and usual needs of the public sector. Eventually the problem became so acute (almost 30% of the public sector workforce was employed in the early '00s with - consecutively renewed- fixed-term contracts) that a special constitutional amendment was introduced forbidding the transformation of fixed-term employment to indefinite term (article 103 paras 7-9 Greek Constitution).

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

According to article 648 of the Greek Civil Code, the employee has the duty to provide for indefinite or definite (fixed-term) time his work to the employer and the latter has the duty to provide the agreed remuneration to the employee. Thus, in principle it is perfectly legal in accordance with the general principle of contractual freedom (article 361 Greek Civil Code) for an employer and an employee to engage in a fixed-term contract. Nevertheless, there are restrictions in order to prevent the abusive exploitation of fixed-term contracts (see below answer to question 3). These restrictions are introduced by the Presidential Decree 81/2003 (*ratione personae*: private sector employees) and by the Presidential Decree 164/2004 (*ratione personae*: public sector employees). Specifically, according to article 5 paragraph 3 PD 81/2003 when for no objective reasons the duration of the consecutive fixed-term contracts exceeds the total amount of three (3) years, a presumption is introduced that the contracts cover permanent and usual needs of the

undertaking and thus the fixed-term contract is ipso jure turned into indefinite contracts. The same consequence takes place if within a time space of three (3) years, the number of renewals of the fixed-term contracts is more than three (3). It should be noted that in the abovementioned cases the employer carries the burden of proof. As far as the public sector is concerned, the duration of consecutive fixed-term contracts is strictly limited (article 6 PD 164/2004) to twenty four (24) months, though minor exceptions apply concerning managerial staff, researchers or international organizations' personnel. If the duration exceeds the 24-months limit the contract is ipso jure null and void.]

2. Which fixed-term contract exist?

The main two types of fixed-term contracts are the classic one and the “*temporary agency work*”. In the former an employee agrees directly with the employer (two-party relationship) to provide his/her work for a limited time (e.g. during the summer holidays). In the latter, we deal with workers bound by a contract of employment or employment relationship with a temporary-work agency who are assigned to user undertakings to work temporarily under their supervision and direction (three-party relationship). Temporary agency work is regulated by Law 4052/2012 that transposed Directive 2008/104/EC into national law. Finally, it should be noted that fixed-term employment might be either full employment or part-time employment (e.g. an employee that provides daily four-hour work for six months).

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

Restrictions regarding maximum duration for hiring fixed-term workers are introduced by the Presidential Decree 81/2003 (*ratione personae*: private sector employees) and by the Presidential Decree 164/2004 (*ratione personae*: public sector employees). Specifically, according to article 5 paragraph 3 PD 81/2003 when for no objective reasons the duration of the consecutive fixed-term contracts exceeds the total amount of three (3) years, a presumption is introduced that the contracts cover permanent and usual needs of the undertaking and thus the fixed-term contract is ipso jure turned into indefinite contracts. The same consequence takes place if within a time space of three (3) years, the number of renewals of the fixed-term contracts is more than three (3). It should be noted that in the abovementioned cases the employer carries the burden of proof. As far as the public sector is concerned, the duration of consecutive fixed-term contracts is strictly limited (article 6 PD 164/2004) to twenty four (24) months, though minor exceptions apply concerning managerial staff, researchers or international organizations' personnel. If the duration exceeds the 24-months limit the contract is ipso jure null and void.

As far as temporary agency work is concerned, pursuant to article 117 paragraph 3 Law 4052/2012 the maximum duration of temporary work provided to the user-undertaking is thirty six (36) months. In case of excessive duration the temporary work agreement with the user-undertaking turns ipso jure into indefinite contract.

Finally, there are not any restrictions imposed currently on undertakings regarding the maximum percentage of fixed-term employees that are allowed to employ. Even if such restrictions were imposed they should be introduced in such a manner as to respect the freedom to conduct a business, recognized by article 16 of the EU Charter of Fundamental Rights and article 5 paragraph 1 of the Greek Constitution

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

According to article 113 L. 4052/2012 regarding the Temporary Agency Work one of the statute's aims is to contribute effectively to the creation of jobs and to the development of flexible forms of working. Thus, temporary work is often prescribed as the medicine for youth unemployment. Besides that all of the internship programs of the National Employment Agency («OAEΔ») are linked to fixed-term contracts (mostly 5-6 months) and the same applies to continuing training programs concerning the long-term unemployed. In any case the main statutes regulating fixed-term employment and temporary agency work apply to all persons notwithstanding age or (dis-) abilities.

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

According to article 6 PD 81/2003 for fixed-term employees in the private sector, employers shall inform fixed-term workers about vacancies which become available in the undertaking or establishment to ensure that they have the same opportunity to secure permanent positions as other workers. Such information may be provided by way of a general announcement at a suitable place in the undertaking or establishment. An almost identical provision is introduced by article 8 PD 164/2004 regarding fixed-term employment in the public sector. As far as temporary agency work is concerned pursuant to the applicable article 118 L. 4052/2012, temporary agency workers shall be informed of any vacant posts in the user undertaking to give them the same opportunity as other workers in that undertaking to find permanent employment. Such information may be provided by a general announcement in a suitable place in the undertaking for which, and under whose supervision, temporary agency workers are engaged.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

Indeed, there is specific provisions in Greek national legislation safeguarding the principle of non-discrimination between fixed-term workers and indefinite ones. Specifically article 4 PD 81/2003 (private sector) and article 4 PD 164/2004 (public sector) introduce *expressis verbis* the principle of non-discrimination as such: “*In respect of employment conditions, fixed-term workers shall not be treated in a less favourable manner than comparable permanent workers solely because they have a fixed-term contract or relation unless different treatment is justified on objective grounds. [...] Period-of-service qualifications relating to particular conditions of employment shall be the same for fixed-term workers as for permanent workers except where different length-of-service qualifications are justified on objective grounds.*”. As far as temporary agency work is concerned, article 117 L. 4052/2012 establishes the principle of equal treatment, according to which “*the basic working and employment conditions of temporary agency workers shall be, for the duration of their assignment at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that undertaking to occupy the same job. For these purposes, the rules in force in the user undertaking on: (a) protection of pregnant women and nursing mothers and protection of children and young people; and (b) equal treatment for men and women and any action to combat any discrimination based on sex, race or ethnic origin, religion, beliefs, disabilities, age or sexual orientation; must be complied with as established by legislation, regulations, administrative provisions, collective agreements and/or any other general provisions.*”

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

In principle, the fixed-term worker is not entitled to any compensation when the contract expires at the agreed date. Nevertheless, if the employee after the expiration of the agreed time continues to provide her work with the consent of the employer, the contract is presumed to have been renewed for indefinite time and thus upon future termination the employer must provide redundancy pay. Moreover, if the fixed-term contract is terminated for just cause (consisting in the breach of the contractual obligations by the employer) before the agreed date, the employee is entitled to receive compensation for the remaining period up to the agreed date (e.g.: an employer hires an employee for a six-month period. The latter terminates the contract after two months because the former refuses to provide the contractual remuneration. The employee is entitled to receive the remaining four monthly wages). Additionally, if the employer dismisses the worker because of a change in its personal or business relations before the agreed date, the Courts can adjudicate a reasonable compensation to the employee (article 674 Greek Civil Code).

Moreover, when abuse arising from the use of successive fixed-term employment is proved, then the employment contract is deemed to be of indefinite duration and thus upon its termination the employee is entitled to compensation.

In any case currently even the employees with indefinite time contracts are not entitled to any compensation for the first 12 months of work (article 1 Law 2112/1920 as amended by Law 4093/2012). Finally it should be noted that after the recent judgement “*Diego Porras*” of the CJEU (see below), at least in some cases the fixed-term workers should receive redundancy pay on the basis of non-discrimination as prescribed by Directive 1999/70/EC.]

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

As mentioned above, the fixed-term employee in principle lacks any entitlement to redundancy pay, whereas the indefinite-time employee after the first twelve months of work is entitled to redundancy pay calculated based on seniority. Thus, for example a fixed-term employee with a two-year contract receives zero compensation upon the expiration of her contract, whereas an indefinite-term employee when dismissed two years since her hiring, is entitled to redundancy pay of two monthly salaries. This arguably discriminating feature should be reconsidered after the landmark “*Diego Porras*” judgment (see below).]

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

If the employer fails to comply with the regulation of fixed-term employment, specially the restrictions regarding the maximum duration of consecutive fixed-term contracts or the maximum duration of temporary agency work, the fixed-term agreement or the temporary work agreement turn *ipso jure* into indefinite contract. Hence, the employees that experience abusive consecutive renewals of their fixed-term contracts become entitled to receive redundancy pay (dismissal compensation), as soon as the Court recognizes the abusive character of their employer’s tactics and declare the fixed-term agreement to an indefinite one. For example, a temporary agency worker provides his work for a period over the prescribed maximum of 36 months. If the agreement is

terminated after 48 months the employee could claim redundancy pay as if she was ab initio an indefinite time worker.

10. What consequences on the legal regulation can arise from the decision of the ECJ of September 14th, 2016, which does not allow differences between fixed-term and indefinite workers regarding compensation for extinction of the contract?

The recent judgment of CJEU is arguably one of the most important in the case-law of the Court regarding EU labour law. Nevertheless the task of elaborating the legal ramifications of “Diego Porras” is far from being easy and simplistic interpretations are imminent. We should not ignore the specific merits and facts of the case and also the “*national legal culture*” in which the particular case arose. Moreover, we should take into account the specific type of contract “*interinidad*” that is not to be found across all European legal contexts. In spite of these remarks, “*Diego Porras*” is a welcoming step forward towards ensuring a comprehensive non-discriminating legal environment for fixed-term employees and showcases the persistent awareness of the Court to enforce the provisions of Directive 1999/70/EC, in regard to compensation upon termination. Hence, the very least we can say is that after “*Diego Porras*” it would be very difficult for a national legislation discriminating against fixed-term employees as far as compensation upon termination is concerned, to survive the scrutiny of the CJEU without a critical and reasonable basis of justification.

11. Other relevant aspects of the regulation regarding fixed-term contracts

Fixed-term employment in Greece remains a highly debatable issue not mainly from a legal point of view, but rather a political one. For decades the public sector workforce saw its numbers soaring due to controversial hiring techniques of fixed-term employees by the governments. It wouldn't be an overstatement to argue that national electoral campaigns were based on the problem of the fixed-term employees in the public sector. The issue is so politically sensitive and controversial in Greece that recently the government amended the relevant provisions (article 72 and 176 L. 3852/2010) in such a way to allow the local/municipal authorities, where the majority of the fixed-term employees are providing their services, to abstain lawfully from appealing against first-instance court judgments that turn consecutive fixed-term employment contracts into indefinite time employment.

References and judicial decisions

DERMITZAKI, F. *The prohibition of discrimination against fixed-term employees*, Athens, 2011, p. 390 [in Greek]

TSIMBOUKIS, CH. Note on the CJEU C-596/14 Diego Porras, *Review of Labour Law* («Επιθεώρησης Εργατικού Δικαίου»), v. 75, 2016, pp. 1101-1114 [in Greek]

KIOSSE-PAVLIDOU, L. *Fixed-term employment contracts in the public sector*, Thessaloniki, 2010, p. 503 [in Greek]

RIZOS, K. *The fixed-term employment contract*, Athens, 2016, p. 304 [in Greek]

HELLENIC SUPREME COURT (Plenary Session) judgments 18/2006 and 20/2007 Retrieved from: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Proportion_of_employees_with_a_contract_of_limited_duration,_age_group_15%E2%80%9364,_2014_\(%25_of_total_employees\)_YB16.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Proportion_of_employees_with_a_contract_of_limited_duration,_age_group_15%E2%80%9364,_2014_(%25_of_total_employees)_YB16.png)

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN ITALY

Dr. Mirko Altimari
Researcher in Labour Law
Faculty of Economics, Catholic University of Milan

Introduction

In 2016 temporary contracts in Italy represented 14,1 % of the total number of employed workers: exactly the same rate of the European Union average in the field, according to Eurostat (European Institute of Statistics).

This rate has increased during the period of economic crisis (2009-until now) of just less than two percentage points. There is not a significant difference by gender: the percentage of male employees with a fixed-term contract is 13,6%, while among female employees is 14.6%.

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

Italian legal system has allowed the opportunity to hire employees with fixed-term contract since 1942, the year of promulgation of the "*Civil Code*". In 1962 the matter was settled by a special law, which provided equal treatment for temporary workers and a number of very significant restrictions on fixed-term contracts. The share of temporary workers has historically been very low, until the matter has been liberalized by Legislative Decree no. 368 of 2001, that has transposed the directive 1999/70/CE into the Italian system. This Legislative Decree marked the rupture of unity of purpose among the three major national unions, inaugurating a season of confrontation between the left-wing union (CGIL) and the other confederations. The discipline has been revised on several occasions, according to European Court of Justice judgments.

Finally, the regulation of fixed-term contract has been modified by Legislative Decree no. 81/2015 (one of the legislative decrees composing the Labour reform called "Jobs Act").

To summarize, it is important to point out that the historical disfavor with which the fixed-term contract had been considered by Italian legal system has turned into a more extensive liberalization.

2. Which fixed-term contracts exist?

Articles 19 to 29 of Legislative Decree no. 81 of 2015 consolidate, with some modifications, the regulation of fixed-term contracts, already provided by Legislative Decree no. 368 of 2001 as modified by Legislative Decree no. 34 of 2014. Legislative Decree no. 81/2015 starts from the assumption that permanent employment contract is the common framework in term of employment relationship, and it represents the typical employment relationship. However, it is currently possible to subscribe temporary employment contracts also to carry out the company's permanent needs or activities, and there is no need for motivation.

The law states for an important formal requirement, *i.e.* the principle that the fixed-term contract must be stipulated in written unless the duration of the contract is less than twelve days. To the employee must be given a copy of the written statement by the employer.

There are some specific prohibitions for temporary hiring: the most significant concerns the replacement of workers on strike, or the case of a productive unit, in which, during the six previous months, collective dismissal has been applied to workers performing the same duties referred to in the temporary contracts.

Furthermore, the law states that temporary work can be ruled 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 fact agency work contracts can be permanent or fixed-term.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

The law establishes thirty-six months as maximum duration for a single fixed-term contract or for a series of fixed-term contracts between the same employer and employee, for the execution of the same tasks, independently of the periods of interruption between a contract and the other one.

It is permitted a maximum of five extensions within the thirty-six month limit.

Including of potential extensions and renewals in this maximum duration aims to comply with the goal pursued by the Dir. 1999/70/CE, which is to discourage abuses in the reiteration of temporary contracts.

However, the thirty-six month maximum duration rule states some exceptions: first, all the seasonal employment contracts are excluded; the law allows the stipulation of a single additional contract exceeding the 36-month period for maximum 12 months, only if the contract stipulation takes place at the local Territorial Directorate of Labour (Ministry of Labour local offices); last but not least, it is important to point out the role attributed to the collective bargaining by law in this field (see *infra*, Q.3)

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

The Jobs Act aimed at strengthening the opportunities to enter the world of work for those who are seeking employment, and to revise the labour contracts to make them more consistent with the current needs of the employment and productive context, according to Law n. 183/2014, that authorizes Government to revise the regulation of employment contracts and establishing the guidelines and the principles of the intervention

To reach this ambitious goal, the law focuses especially on the “*new*” indefinite term contract – the so called “*increasing protections employment contract*” – making it more affordable than other types of contracts in term of direct and indirect costs (and changing deeply the *ratio* of unfair dismissal consequences).

In fact, the law provided for social security incentives to employers hiring new employees from 7th March 2015 on, and the real effects of such solution on the Italian labor market is currently a divisive topic. Given the above, the fixed-term contract is not considered as the main tool to foster employment and job creation (see *supra* **Introduction**: in the last years the number of temporary workers is largely constant). However some fixed-contract rules may be analyzed from this point of view.

The law states that an employer may not hire fixed-term workers exceeding 20% of his/her workforce employed, but with exemptions in some cases determined by occupational goals: *e.g.* in the activation phase of a new activities, in innovative start-ups, for some specific research contracts concluded by universities or research institutes, for workers over 50 years old.

In addition to these exceptions provided by the law, collective bargaining may regulate this point, providing different percentage limits.

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

Unless otherwise specified in the Collective Agreement, the law recognizes to temporary workers who have performed for more than 6 months with the same employer a right of precedence referring to permanent job position, implemented by employer in the twelve following months, with reference to same duties.

Specific rules are provided for women on maternity leave and for seasonal workers.

The right of precedence must be quoted in written contract (see *supra* Q.2) and it may be exercised on condition that the worker expresses his will in writing within six months of expiry of the fixed-term contract.

However, the right of precedence is extinguished after one year from the date of termination of the fixed-term work relationship.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

The principle of non-discrimination and equal treatment is a central principle and it has existed already long before EU Directive was adopted.

The Legislative Decree no. 368 of 2001 – frequently amended over the last 10 years before to be repealed by the Jobs Act – transposed expressly into the Italian law system the 1999/70/CE directive's non-discrimination principle.

Article 25 of Legislative Decree no. 81 of 2015 states that temporary worker can enjoy the same normative and financial treatments as the “*comparable permanent worker*”, unless this equal treatment is objectively incompatible with the nature of the fixed-term contract.

Unlike other fields of Italian labour law system, the fixed-term workers non-discrimination principle has a high rate of effectiveness.

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

The Italian legal system does not state an additional compensation at the stated expiration of the temporary employment contract.

Furthermore, when a fixed-term contract ends according to the agreed terms, the worker has the right to normal remedies against unemployment, recently modified by the labour reform.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

As mentioned above in **Q.7**, no additional compensation is provided for temporary workers at the stated expiration of the temporary employment contract.

In every case of termination of an employment relationship, the employee is entitled to receive the end of service allowance (so-called “TFR”) which is equivalent to one year salary divided by 13.5 for every year of the employee’s service, plus the monetary revaluation. This compensation is reduced proportionally for fractions of a year.

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

As we have seen until now responding to the above questions, in the Italian legal system the temporary contract is strictly regulated, however not all ruled violations determine the same consequences.

The lack of written act determines the term as “*without effect*”, so the contract is considered *ab origine* as stipulate without term *i.e.* for an indefinite duration.

The percentage limits violation of the temporary workers in the firm determine penalty to the employer: each worker has the right to an indemnity - in addition to the payment of the salary, - equivalent to 50% of the remuneration, for every month in which the violation has taken place.

Referring to the extension, if they exceed the number of five, the contract will be considered an indefinite contract as from the sixth extension.

It is understood that the maximum limits mentioned above in **Q.3**, if an employment relationship continues even after the expiry of the term initially fixed (or subsequently

extended), the worker has the right to receive an increase in pay equal to 20% per day up to the 10th day, and 40% for each additional day.

If the employment relationship lasts beyond the 20th day for contracts for a period of less than six months, or beyond the 30th day in other cases, the contract must be considered to be of indefinite duration as from those dates.

10. What consequences on the legal regulation can arise from the decision of the ECJ of September 14th, 2016, which does not allow differences between fixed-term and indefinite workers regarding compensation for extinction of the contract?

As we mentioned above (Q.6 and Q.7) the equal treatment principle between permanent and temporary workers has historically been in force in the Italian legal system and it has a high rate of effectiveness.

For this reason the law does not provide an specific compensation for termination of the fixed-term contract, because the employee is entitled to receive the “*common*” compensation in every case of termination of an employment relationship.

11. Other relevant aspects of the regulation regarding fixed-term contracts

Finally, it is important to point out that in the public sector the fixed-term contract rules are very different from the private sector. Trying to summarize, it is necessary to make an introduction.

The fundamental principle with regard to introduction of an employment relationship in service with the public authorities is that of access through competition, as stated in the third paragraph of Article 97 of the Italian Constitution, which is completely different from the system of employment in the private sector.

Article 97 states that competition is the means of selecting staff which is most suitable in principle for ensuring the impartiality and efficiency of the public service.

Therefore, the existence of that principle, which is intended to protect the requirements of impartiality and efficiency of the public service, as referred to in the first paragraph of Article 97 of the Constitution, makes it clear that the situations of employees of public authorities and of private-sector employees are not similar in that respect, and justifies the decision by the legislature to lay down in respect of infringement of mandatory rules governing the recruitment and employment of workers by the public authorities penalties

of a purely compensatory nature instead of conversion to an employment relationship of an indefinite duration.

This is the case of fixed-term contract in public sector: it possible to hire employees with fixed-term contract exclusively for temporary or exceptional needs (as states the Legislative Decree no. 165 of 2001, article 36).

However, in case of breach of the regulation regarding fixed-term, the contract shall not be considered as an indefinite duration contract, and the employee has only the right to receive a compensation.

This legal situation is significant also from a practical viewpoint because of the high numbers of fixed-term contract stipulated in the past, especially in some specific public fields, as for the teachers at public schools.

References and judicial decisions

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, 26 November 2014, Judgment in Cases C-22/13, C-61/13 to C-63/13 and C-418/13.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite – Sentenza n. 4914 del 14 marzo 2016.

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN PORTUGAL

Catarina de Oliveira Carvalho

Universidade Católica Portuguesa, CEID-CRCFL – Católica Research Centre for the Future of Law, Faculdade de Direito – Escola do Porto

Luísa Andias Gonçalves

STM, RCJS, Polytechnic Institute of Leiria

Introduction

Portuguese Constitution establishes the principle of stability of employment (article 53 of the Portuguese Constitution⁵⁹). This principle covers several aspects, including the one according to which the employment shall be for an indefinite period. In this context, fixed-term contracts, although admitted in Portuguese legal system, are an exception to the rule. Therefore, as we shall see, the Portuguese Labor Code⁶⁰ makes the admissibility of fixed-term contracts dependent on the existence of a motive that objectively justifies it. Indeed, employment stability must be reconciled with other relevant interests, such as the temporary needs of employees and the promotion of employment. In these cases, the law admits the exception to the rule, legitimizing the fixed-term contracts.

The principle of stability of employment also implies that fixed-term contracts, even in the situations in which they are admitted, can not be of an unlimited duration or renewed unlimitedly, which was also a concern of the Portuguese lawmaker when regulating this matter.

Although the fixed-term contract allows the worker to occupy a job, this modality of contracting is associated with a major drawback – job insecurity. However, companies often find in this disadvantage of the worker a great advantage for them – the fact that they can expeditiously and in a simple way promote the extinction of employment contracts. For them, the temptation is to hire workers under fixed-term contracts in order to avoid the application of the rules regarding open-ended contracts. The legislator also worked hard to fight this reality.

In Portugal, in 2016, out of a total of 3787.2 thousand employees, 705.4 thousand were fixed-term workers, with 353.4 thousand men and 352.1 thousand women. This means

⁵⁹ <http://www.en.parlamento.pt/Legislation/CRP/Constitution7th.pdf>.

⁶⁰ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1047A0144&nid=1047&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

that approximately 19% (almost one fifth) of employees had a fixed-term contract⁶¹. Regarding the distribution by sex, there are no discrepancies to be pointed out.

Moreover, in 2016, out of a total of 1094.8 thousand employed workers aged between 15 and 34 years old, 393.3 thousand were fixed-term workers⁶², which represents already 36%. This means that more than a third of young workers are hired on a fixed-term basis. Unfortunately, it wasn't found data regarding labor conditions for fixed-term workers in comparison with indefinite workers.

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

The Portuguese Labor Code (articles 139 to 149) allows for the subscription of fixed-term contracts.

Considering that term employment contracts are deemed as an exception to the constitutional principle of stability of employment (article 53 of the Portuguese Constitution), they may only be entered into force under certain grounds expressly provided by law.

As a rule, fixed-term contracts are allowed only for the satisfaction of temporary needs of the undertaking.

Still, article 140(4) does allow them in cases where permanent needs of the employer may be at stake, in two exceptional circumstances: i) the launching of a new activity of uncertain duration, as well as the start-up of an undertaking or of an establishment of an enterprise with at least 750 employees; ii) and the hiring of employees looking for their first job, long-term unemployed workers or other situations foreseen in special legislation of labor policy.

2. Which fixed-term contract exist?

According to the Portuguese Labor Code, "*term employment contracts*" may be entered into (i) for a "*fixed term*", e.g. determined by a specific date, or (ii) for an "*unfixed term*", which expires on completion of a specific task or by the occurrence of a specific event.

As stated by article 140(1), a term employment contract can only be entered into force to

⁶¹https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006418&contexto=bd&selTab=tab2

⁶²file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa/Downloads/EE_Destaque_Estudo_16Dezembro2016.pdf

satisfy temporary needs of the undertaking and only for the period strictly necessary to comply with those needs. The Labor Code adopted a system based on a general clause followed by examples of what represents a temporary need (e.g., direct or indirect replacement of a sick employee; seasonal or other activities whose yearly production cycles presents irregularities due to the structural nature of the market; exceptional increases in the undertaking's activity; performance of an occasional task or certain, precisely defined and short-term service; performance of a work, project or other defined and temporary activity).

However, the general clause system does not apply to an undetermined term: in the case of a contract with an unfixed term, article 140(3) establishes that such a contract is only allowed in a number, albeit a large number, of outlined cases.

In the exceptional circumstances mentioned above (question no. 1), it is possible to hire fixed-term employees to satisfy permanent needs.

Article 141(1) states that term employment contracts are generally subject to written form and that they must contain the identification and signature of the parties. It also establishes that a written term employment contract must mention the '*name or designation and domicile or headquarters of the parties*' (a), the '*activity to be rendered and the salary of the employee*' (b), the '*place and normal work period of the employee*' (c), the '*starting date of the work*' (d), the '*identification of the agreed term and the justifying reason*' (e), the '*contract date and, in the case of a fixed-term, the date of termination*' (f). The lack of this information is not subject to the same treatment. Some references are so essential that its omission in the written contract has the consequence that the contract will be considered as an open-ended one. According to article 147(1)(c), a contract lacking written form, the signature of the parties, their name or designation or simultaneously the date on which it was entered into and the date on which the work was to begin, as well as the lack or insufficiency of the references concerning the motive or grounds for the term, will be considered as an open-ended employment contract. The mention of the reason must not be so succinct that it does not allow the court to control whether the reason is truthful or not. Therefore, one must expressly mention the facts that represent the reason and a link should be established between the facts and the term.

The 2009 Labor Code introduced a new rule according to which the written form is not required in some term employment contracts of very short duration. According to article 142, term employment contracts concerning seasonal agricultural activities or tourist events which last less than 15 days are not subject to a form requirement although the employer must inform the social security by electronic means. The law allows for several of these contracts between the same employee and the same employer, but in order to be

exempted from written form they must not exceed 70 days per calendar year.

Fixed-term employment contracts (i) shall not, as a general rule, exceed 3 years, and (ii) shall not be renewed more than 3 times (article 148(1)).

Nevertheless, lower limits are foreseen for contracts with long-term unemployed workers and contracts based on the launching of a new activity (2 years) and contracts with employees looking for their first job (18 months).

The duration of an “*unfixed term*” contract may not be more than 6 years (article 148(4)).

Very short-lived fixed-term contracts are deemed exceptional and as a result they are only allowed in a number of cases (article 148(2)) namely in those covered in article 140(2). Where a contract for less than 6 months is allowed the duration of the contract must not be less than the time anticipated for the task or service to be performed.

In principle, a fixed-term contract is automatically renewed if the parties do not state otherwise. The parties may, nevertheless, agree in the contract itself that the contract may not be renewed (article 149(1)). Within the temporal limits for a fixed-term contract, its tacit renewal will be for the same period of time (article 149(2)). If the parties want the contract to be renewed but for a different period of time, they will have to make a formal agreement and in that written agreement they will have to present the reasons for the renewal.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

The Portuguese Labor Code does not set a maximum percentage of fixed-term contracts, but it establishes a maximum duration for hiring fixed-term and “*unfixed-term*” workers, as stated above.

According to article 148(5), it is included within the 3-year limit the duration of previous term employment contracts, temporary contracts or service contracts for the same position between the same employee and the same employer (or any other society that belongs to the same group of corporations or that has a common organizational structure with to the employer).

Besides, the Labor Code establishes limits to successive contracts.

In principle, according to article 143, the termination of a term employment contract for a reason not attributable to the employee bars the employer (or any other society that belongs to the same group of corporations or that has a common organizational structure with the employer) from hiring an employee for the same position or from entering into a services contract with the same person with the same object for at least a period equal to one-third of the length of the contract, including renewals. Even the hiring of the same employee for the same position will be allowed if one of the following circumstances occurs: seasonal activities, further absence of the replaced employee, exceptional increase of the undertaking activities after the termination of the term-contract and if the employee was previously contracted as an employee in search of his/her first job. A contract entered in breach of article 143(1) is considered an open-ended contract (article 147(1)(d)) and all work rendered by the worker to the employer is counted in determining the worker's seniority.

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

As already stated, the Portuguese Labor Code allows for fixed-term contracts in cases where no temporary need is at stake or, at least, in cases where we do not know whether the need fulfilled by the contract is temporary or not.

In effect the Code allows fixed-term contracts for the hiring of employees looking for their first job or long-term unemployed workers or other situations foreseen in special legislation of labor policy (article 140(4)(b)) with the aim of fostering the hiring of young people and also mature unemployed.

Long-term unemployed workers are considered those who are unemployed for more than one year.

Employees looking for their first job is a concept that has been interpreted by Portuguese case-law (eg. Decision of the Supreme Court of Justice of 24 September 2008, Proc. No. 08S1159⁶³) as excluding those employees who already had an open-ended contract, but not the ones who previously only had fixed-term employment contracts. As a result, an employee may contract several successive "*term employment contracts*" with different employers and he/she will still be considered as looking for the first job. The danger of this kind of interpretation is that it fosters the term employment contract of those who have already had such contracts in the past.

⁶³<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba73c4cc0a03e2728025756300413773?OpenDocument&Highlight=0,trabalhador,%C3%A0,procura,de,primeiro,emprego>

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

The employee with a term employment contract is entitled to preference of entering into an open-ended contract if the employer decides to recruit externally to fulfil services identical to those performed by the worker (article 145(1)).

This right exists up to 30 days after the termination of the fixed-term contract and if the employer infringes it the employee will be entitled to get damage compensation equivalent to three times the monthly basic salary.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

The Labor Code expressly states the principle of equal treatment of employees engaged under term employment contracts and employees with permanent contracts, unless objective reasons justify a different treatment (article 146).

However, article 131(2), in regulating the continuing vocational training to which workers are entitled, establishes a difference in relation to fixed-term workers: while workers with an open-ended contract are entitled each year to a minimum of 35 hours of continuous training, fixed-term workers who are hired: (i) for a period of three months or more, are entitled to a minimum number of hours commensurate with the duration of the contract in that year; (ii) for a period of less than three months, are not entitled to a minimum number of hours of vocational training.

Moreover, in what concerns with economic compensation due to employees in case of dismissal based on economic, technic, organizational or production grounds, while indefinite workers are only entitled to 12 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority, “*fixed-term*” workers are entitled to 18 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority, and “*unfixed-term*” workers are entitled to 18 days of basic salary plus seniority allowance for the first 3 years of contract and to 12 days of basic salary plus seniority allowance in subsequent years (article 366).

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

As a rule, a fixed-term contract expires at the end of its term; however, the termination of the contract is not automatic as it is required that the employer or the employee notifies

the other in writing on the intention to terminate the contract, 15 or 8 days, respectively, prior to the end of the term (article 344(1))

If the fixed-term contract expires at the initiative of the employer, the employee has a right to severance pay equal to 18 days of base salary plus seniority allowance for each year of seniority (article 344(2))

Article 345(1) concerning “*unfixed term*” contracts establishes that the contract expires when, foreseeing the occurrence of the term, the employer notifies the employee of the contract’s termination with a minimum prior notice period of 7, 30 or 60 days depending on whether the contract has lasted up to 6 months, more than 6 months up to 2 years or for a longer period. Lack of previous notification by the employer does not avoid the termination of the contract but it simply implies that the employer must pay the salary due for the period of prior notice missing (article 345(3)).

In this case, the employee has a right to severance pay equal to 18 days of base salary plus seniority allowance for each year of seniority regarding the first 3 years of contract and 12 days of base salary plus seniority compensation for the following years (article 345(4)).

In both cases, the severance pay calculation should follow the rules established by article 366.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

As already mentioned, the Portuguese Labor Code provides that, in the event of expiry of a fixed-term contract at the initiative of the employer, the worker is entitled to 18 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority (article 344(2)).

In the case of an “*unfixed-term*” contract, the severance pay is equivalent to 18 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority for the first three years of contract plus 12 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority in the following years (article 345(4)).

In any case, the calculation shall be made in accordance with article 366:

- The amount of the basic monthly remuneration plus seniority allowance may not exceed 20 times the minimum guaranteed monthly remuneration;
- The total amount of the severance pay may not exceed 12 times the basic monthly salary plus seniority allowance or, where the limit provided in the preceding paragraph is applicable, 240 times the minimum guaranteed monthly remuneration;
- The daily value of basic salary plus seniority allowance is the result of the division by 30 of the basic monthly remuneration plus seniority allowance;
- In the case of a fraction of a year, the amount of the compensation will be calculated proportionally.

The compensation to which workers are entitled if the contract is extinguished due to business-related reasons is established by article 366. In accordance with Article 366 (6), in the case of a fixed-term contract, the compensation corresponds to the one recognized in article 344(2) or Article 345(5), depending on if the contract is a “*fixed-term*” contract or an “*unfixed-term*” contract. Thus, in the case of term employment contracts, the workers' compensation is equal for both the events: i) valid termination of the term employment contract at the initiative of employer; ii) extinction for economic, technical, organizational or production reasons.

However, the amount of the compensation is different in the event of extinction of an open-ended contract for economic, technical, organizational or production reasons. These employees are only entitled to 12 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority, calculated in accordance with article 366.

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

If the employer fails to comply with the legal regulation regarding the fixed-term contracts, in most cases it determines the declaration of the contract as an open-ended one, and the seniority of the worker is assessed from the moment when he began to perform the activity under the contract (article 147). This happens in the following cases:

- When the term stipulation intends to avoid the application of the provisions regarding open-ended contracts;
- When the contract is concluded outside the cases stated in article 140(1), (3) or (4) (see answer to question no. 2);
- If the contract is not written, or if it lacks the identification or signature of the parties, or if it lacks, at the same time, the dates of the conclusion of the contract and of the

- commencement of work, as well as if the references to the term and its justification are omitted or insufficient;
- When the contract is concluded in breach of article 143(1) (as indicated in the answer to question no. 3), which determines the counting of the working time provided in fulfillment of successive contracts in the workers' seniority;
 - When the contract's renewal has been made in violation of the provisions of article 149 (see answer to question no. 2);
 - When the larger contract's duration or the number of renewals allowed have been exceeded (see answer to question no. 3)
 - In the case of "*unfixed term*" contracts, if the employee remains in service and continues to perform his/her activity after the date when the termination of the contract takes effect or 15 days after the disappearance of the contract's motivation (the service, activity, task or project for which he was hired is completed, the replaced employee returns or his/hers contract ends).

If a worker with a fixed-term contract is victim of unlawful dismissal, the general rules laid down for illicit dismissal are applied, although with the specificities set out in article 393:

- The compensation to which the worker is entitled should not be less than the remuneration he has lost since the dismissal until the term provided for the contract, or until the final judicial decision, if that term occurs later;
- The worker only has the right to reintegration in his workstation if the term provided for the contract occurs after the final judicial decision.

10. What consequences on the legal regulation can arise from the decision of the ECJ of September 14th, 2016, which does not allow differences between fixed-term and indefinite workers regarding compensation for extinction of the contract?

As we have already stated, the Portuguese Labor Code settles that the economic compensation for the valid extinction of the fixed-term contract is different from that corresponding to indefinite workers in case of dismissal based on economic, technic, organizational or production grounds. While indefinite workers are only entitled to 12 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority, "*fixed-term*" workers are entitled to 18 days of basic salary plus seniority allowance for each year of seniority, and "*unfixed-term*" workers are entitled to 18 days of basic salary plus seniority allowance for the first 3 years of contract and to 12 days of basic salary plus seniority allowance in subsequent years.

However, unlike in the case *Diego Porras*, C-596/14, the Portuguese legislation establishes a more favourable treatment to fixed-term workers than the one laid down for indefinite workers.

As it is stated in the decision of the European Court of Justice of September 14th, 2016 (case *Diego Porras*, C-596/14), "*the aim of the framework agreement is, in particular, to improve the quality of fixed-term work by setting out minimum requirements in order to ensure the application of the principle of non-discrimination*", "*in order to prevent an employer using such an employment relationship to deny those workers rights which are recognised for permanent workers*".

The principle of non-discrimination requires that comparable situations are not treated differently and that different situations are not treated in the same way unless such treatment is objectively justified. It seems that, in the case of Portuguese legislation, differential treatment is justified by an objective reason: to compensate fixed-term workers for their precariousness in employment. Thus, the decision of the ECJ in the case of *Diego Porras* may not require any changes in Portuguese law.

11. Other relevant aspects of the regulation regarding fixed-term contracts.

Collective agreements are given a very large – perhaps even too large – field of intervention in what concerns fixed-term contracts. According to the black letter of article 139 of the Labor Code, "*the rules of fixed-term contracts contained in the present subsection, may be waived or altered by collective labor regulation instruments, except for article 140(4)(b) and article 148(1), (4) and (5)*".

As a result, it would seem that a collective agreement might, for instance, establish that fixed-term contracts are allowed without the need of any justification and even for the fulfilment of needs which are not of a temporary nature. It would even seem possible for a collective agreement to remove the need of any justification for the renewal of a fixed-term contract – a result which would be tantamount to a possible violation of the Portuguese Constitution. In fact, it seems like collective agreements are limited by the principle of employment security, and they cannot allow freely conclusion of fixed-term contracts. So, collective agreements can regulate the matter of fixed-term contracts, but it seems they must do so respecting the legal spirit of "*exceptional circumstances*".

During the three-year austerity plan laid out in the Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (MoU)⁶⁴, a temporary special regime entered into force, allowing for the extension of fixed-term employment contracts, without being deemed as open-ended contracts. This measure aimed to increase the continuation of employment relations over a period of crisis - where finding an alternative job might be particularly difficult. This regime was established by Law No. 3/2012, of 10th January⁶⁵ and by Law No. 76/2013, of November 7th⁶⁶.

In order to comply with the Memorandum of Understanding, the amount of severance pay due for termination of fixed-term contracts was changed by the following acts: Law no. 53/2011, of 14th October⁶⁷; Law no. 23/2012, of 25th June⁶⁸; Law no. 69/2013, of 30th August⁶⁹. Legal expectations of workers were safeguarded through the implementation of transitional arrangements.

References

ABRANTES, J. J., Contrato de trabalho a termo, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 3, pp. 155-178.

CAMANHO, P.P., Contrato a termo, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 53, n. 1-2 (Jan.-Jun. 2012), pp. 111-118.

GOMES, J., O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope?, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 4, pp. 35-99.

GOMES, M. I., Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do trabalho, *Código do trabalho: a revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 263-288.

⁶⁴ The MoU had a quarterly monitoring system that led to twelve updates. See <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-temas/memorandos/memorandos.aspx>.

⁶⁵ <http://data.dre.pt/eli/lei/3/2012/p/dre/pt/html>

⁶⁶ <http://data.dre.pt/eli/lei/76/2013/p/dre/pt/html>

⁶⁷ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1503&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

⁶⁸ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1755&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

⁶⁹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1977&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

MACHADO, M. ., O contrato de trabalho a termo e a reforma do Código do trabalho = Fixed-term contract and the labour code reform, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, pp. 111-121.

MACHADO, S.S., *Contrato de trabalho a termo: a transposição da Directiva 1999/70/CE para o ordenamento jurídico português: (in)compatibilidades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

RAMALHO, M. do R. P., «Contrato de trabalho a termo no Código do trabalho de 2009: algumas notas», *Código do trabalho: a revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 249-261.

VICENTE, J.N., *O fenómeno da sucessão de contratos (a termo): breves considerações à luz do código do trabalho revisto*», *Questões laborais*, ano 16, n.º 33, pp.7-36.

Judicial decisions

SUPREME COURT OF JUSTICE. Date: 16th June 2016, Proc. No. 968/12.4TTLSB.L1.S1⁷⁰

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Date: 2nd March 2011, Proc. No. 4704/07.9TTLSB.L1-4⁷¹

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO. Date: 24 October 2016, Proc. No. 3128/15.9T8MTS.P1⁷²

⁷⁰<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/456cec074cc659d880257fd50049769c?OpenDocument&Highlight=0,contrato,de,trabalho,a,termo>

⁷¹<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/87303644ba7e0a0d802578630037feb8?OpenDocument>

⁷²<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8cbd56bbbc9f75ae8025806600505b0d?OpenDocument>

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN ESPAÑA

Albert Martín Gámez

Graduado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra
Estudiante del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía, ESADE-URL

Marta Martínez Martí

Graduada en Derecho, Universitat Pompeu Fabra
Estudiante del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía, UPF

Introducción

El número de trabajadores con contrato temporal en España es significativamente elevado. Así, en el cuarto trimestre del 2016, el porcentaje de trabajadores con contrato temporal era del 26,47%⁷³.

Habiendo aumentado los asalariados en 2016 en 396.000, 169.000 fueron contratados mediante contrato indefinido, y el 226.7000 restante mediante contrato temporal.

En este sentido, el trabajo temporal en España, aunque tal y como analizaremos en la pregunta 1 representa la excepción en el ordenamiento jurídico laboral español, es realmente elevado, siendo el segundo país de la Unión Europea con un porcentaje de temporalidad más elevado (el primer país es Polonia)⁷⁴.

Por otro lado, conviene también tener presente que en España existen, en relación con la contratación temporal, diferencias en función del género del trabajador. Esto es así ya que un 26,1% de los hombres trabajan con un contrato temporal, mientras que para las mujeres la contratación temporal representa un 27%⁷⁵.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender a necesidades permanentes de la empresa?

Sí, es posible suscribir un contrato temporal. El artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁶ (ET, en adelante) permite que el contrato pueda concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

⁷³ Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2016, disponible en: <http://goo.gl/b6sTjR>

⁷⁴ Eurostat, 2016, disponible en: <https://goo.gl/SzOUja>

⁷⁵ Eurostat, 2016, disponible en la misma tabla que la nota de pie número 2.

⁷⁶ goo.gl/kuCnx8

No obstante, resulta necesario tener presente que el contrato indefinido es la regla general, siendo los contratos temporales la excepción. En este sentido, los contratos temporales solo podrán celebrarse cuando se de alguno de los supuestos que regula la ley.

En relación a las posibilidades de suscribir un contrato temporal para atender a necesidades permanentes de la empresa, esto no es posible en España, ya que las causas legales que permiten la contratación temporal están estrechamente relacionadas a necesidades temporales de la empresa. Este factor temporal viene justificado por a) las características del trabajo (realización de un concreto proyecto, aumento de la demanda y sustitución de trabajadores ausentes) y b) las características del trabajador (formación, prácticas o experiencia profesional).

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

En España existen 5 modalidades de contratos temporales. 3 vinculadas a necesidades temporales de la empresa y 2 relativas a necesidades formativas del trabajador.

En cuanto al primer grupo de contratos:

- I. El contrato de obra y servicio determinado: permite contratar a un trabajador para realizar una obra o servicio determinado (i) con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y (ii) de duración incierta, aunque limitada en el tiempo. Este contrato se puede celebrar por una duración máxima de 3 años, ampliable por convenio colectivo hasta 4 años.

Conviene destacar que en el ámbito de la construcción y el sector público estas limitaciones no son aplicables.

- II. El contrato eventual: puede celebrarse por las circunstancias del mercado, por una acumulación de tareas o por un exceso de pedidos. Tiene una duración máxima de 6 meses dentro de 12 meses, que podrá ser ampliada por convenio colectivo hasta 12 meses en un periodo de 18.
- III. El contrato de interinidad: permite contratar a un trabajador con el objetivo de sustituir a otro que tiene derecho de reserva del puesto de trabajo. La ley exige que se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución. Este contrato no tiene una duración máxima, ya que deberá cubrir toda la sustitución.

En cuanto al segundo:

- I. El contrato en prácticas: tiene como objetivo obtener la práctica profesional de trabajadores que poseen un título universitario o de formación profesional de grado medio o superior. Sólo podrá suscribirse en los 5 años siguientes a la terminación de los estudios (7 en caso de discapacitados) y su duración deberá oscilar entre los 6 meses y los 2 años. Los convenios colectivos podrán determinar la duración de este contrato en función de las características del sector, respetando los límites anteriores.
- II. El contrato para la formación y el aprendizaje: tiene como objetivo alternar la actividad laboral remunerada con la formación profesional para poder obtener una cualificación profesional. Podrá celebrarse con trabajadores de entre 16 y 25 años que, obviamente, no dispongan de una cualificación profesional. Tiene una duración mínima de 1 año y máxima de 3, aunque por convenio colectivo se podrá establecer una duración distinta, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, respetando un mínimo de 6 meses y un máximo de 3 años.

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

En España no existe un límite temporal máximo a partir del cual una empresa no pueda tener a trabajadores contratados temporalmente. Es decir, una empresa puede indefinidamente suscribir contratos temporales siempre que se cumplan las causas legales (pregunta 2).

Por otro lado, la regulación laboral española tampoco incluye limitaciones al número de contratos temporales que puede suscribir una empresa.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

En España no existen contratos temporales concretos que fomenten la contratación con el objetivo de crear puestos de trabajo.

No obstante, sí que se han adoptado varias medidas de fomento de la ocupación laboral, mantenimiento del empleo y fomento del trabajo autónomo. Así, existe un sistema de bonificaciones y reducciones⁷⁷. Estas medidas están principalmente destinadas a jóvenes,

⁷⁷goo.gl/nzJksA

personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o doméstica, víctimas del terrorismo y trabajadores en situación de exclusión social.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

No. En España no se reconoce a los trabajadores temporales un derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa.

No obstante, el artículo 15.7 ET establece el deber del empresario de informar a los trabajadores temporales, incluidos los que tienen un contrato formativo, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes.

Además, este mismo artículo establece que los convenios colectivos podrán, por una parte, regular criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos temporales en indefinidos, y, por otra parte, incluir medidas para facilitar el acceso efectivo, de los trabajadores temporales, a una formación continua para favorecer su progresión y movilidad profesional.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

No, el ordenamiento jurídico español no lo admite. En primer lugar, el artículo 15.6 del ET no permite que -como norma general- los trabajadores con contratos temporales gocen de menos derechos o derechos distintos a los reconocidos en favor de los trabajadores indefinidos.

En segundo lugar, también se impide esta diferenciación mediante el artículo 17.1 ET, que tiene por objeto la no discriminación en las relaciones laborales. Aunque este precepto no prohíbe expresamente la discriminación en base al carácter temporal o indefinido de las relaciones laborales, el Tribunal Constitucional lo ha entendido así en aplicación del principio de igualdad (establecido en el artículo 14 de la Constitución Española), afirmando que *“las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato (...) que las expliquen razonablemente, pero no alcanzan al distinto tratamiento que, en perjuicio de los trabajadores temporales, se dispensa sin apoyo de datos objetivos y con merma de su posición misma como trabajadores de la empresa”* (STC, 28.6.2004, (rec. núm. 4360/1998))

Dicho esto, el propio artículo 15.6 ET prevé dos excepciones a este principio de igualdad de condiciones laborales:

- La extinción de los contratos temporales (ver pregunta 7).
- La retribución en los contratos de formación y aprendizaje, donde coexisten tiempo de trabajo y tiempo de formación. Debido a tal circunstancia, el legislador español admite que la retribución sea directamente proporcional al tiempo de trabajo efectivo, sin que ésta pueda ser inferior al 60% del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo durante el primer año de contrato, y al 75% durante el segundo año (artículo 11.1 ET).

Dejando al margen lo expuesto, la realidad es que en España existen importantes diferencias entre las condiciones de los trabajadores con contratos de duración determinada y con contratos indefinidos. Así lo confirma la Encuesta Anual de Estructura Salarial del año 2014⁷⁸, que expone que los trabajadores con contrato de duración determinada tuvieron un salario anual de 15.680,55€, mientras que para los trabajadores con contrato indefinido su salario anual fue de 24.746,47€.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

Sí, el artículo 49.1 c) ET establece compensaciones económicas para los trabajadores temporales cuyo contrato sea para obra o servicio determinado o para el contrato eventual. La excepción la encontramos en los contratos de interinidad y en los contratos formativos, supuestos en los que la legislación española no reconoce compensación alguna.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿cuál es su cuantía? ¿Es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

En los casos de extinción del contrato temporal por expiración del tiempo convenido (contrato eventual) o por realización de la obra o servicio objeto del contrato, el trabajador temporal tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por cada año de servicio (artículo 49.1.c ET).

En este punto es interesante recordar que, con el objetivo de reducir la temporalidad del mercado de trabajo español, la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del

⁷⁸ Encuesta Anual de Estructura Salarial, disponible en: goo.gl/gTWpuq

mercado de trabajo⁷⁹ modificó esta compensación, incrementándola de forma progresiva. De ese modo, se ha pasado de la indemnización de 8 días por año trabajado, aplicable a los contratos temporales celebrados hasta 2011, a la ya descrita indemnización de 12 días por año trabajado, aplicable a los contratos temporales celebrados a partir de 2015.

Pese a su incremento, la cuantía de esta compensación es inferior a la indemnización que el artículo 53.1 ET establece para los casos de extinción de un contrato por causas técnicas, económicas, organizativas o de la producción, que alcanza los 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Sin embargo, existen supuestos donde trabajadores temporales y trabajadores indefinidos reciben las mismas compensaciones:

- 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades en supuestos de despido colectivo (artículo 53.1 ET) y de extinción del contrato por causas objetivas (artículo 52 ET).
- 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades en casos de despido improcedente (artículo 56.1 ET).
- La readmisión cuando el trabajador sea objeto de un despido nulo o que se produzca con violación de sus derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 55.5 ET)

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

La primera de esas consecuencias la encontramos en el artículo 7.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁸⁰ (“LISOS”), que califica como una infracción grave la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales. Dicha ley establece para estos supuestos una sanción que oscila entre 626€ y 6.250€ (artículo 40.1 LISOS)

Pero sin duda, la consecuencia más importante del incumplimiento del empresario en este ámbito la establece el ET en su artículo 15.3, mediante el cual se atribuye la presunción

⁷⁹ Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, disponible en: goo.gl/hIYDCo

⁸⁰ Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, disponible en: goo.gl/Ef0cT7

iuris tantum de contrato indefinido a cualquier contrato temporal celebrado en fraude de ley.

En la mayoría de ocasiones, esta presunción se revela determinante en el marco de la extinción del contrato de un trabajador temporal, pues si dicho trabajador impugna judicialmente la extinción y los tribunales aprecian fraude en la contratación temporal, la relación laboral temporal cobrará el carácter de indefinida. Eso significa que en estos casos, la extinción del contrato temporal por expiración del plazo convenido o realización de la obra o servicio contratada, se convierte por resolución judicial en un despido improcedente, siendo de aplicación las compensaciones que establece el artículo 56.1 ET (STSJ Islas Canarias, 11.2.2009 (rec. núm 84/2008)), ya descritas en la pregunta 8.

10. ¿Qué consecuencias puede tener en el ordenamiento jurídico la doctrina instaurada en la STJUE 14.9.2016 que no admite diferencias de trato entre trabajadores temporales e indefinidos en cuanto a la indemnización por extinción del contrato?

En primer lugar debemos recordar que la STJUE 14.9.2016 que crea la doctrina “*de Diego Porras*”, es fruto de la interposición de una cuestión prejudicial por parte del TSJ de Madrid. Esta circunstancia es, sin duda, determinante a la hora de identificar la celeridad y el número de consecuencias que la decisión del TJUE ha producido en España.

De ese modo y partiendo de la resolución de 14.9.2016, ante un supuesto de extinción del contrato por reincorporación de la persona sustituida, el TSJ de Madrid en su sentencia de 5.10.2016 (rec. núm. 264/2014) reconoce a la trabajadora temporal con contrato de interinidad una indemnización de 20 días por año trabajado, hecho que se opone a lo establecido en el artículo 49.1 c) ET (que tal y como se ha explicado en la pregunta 7, no reconoce compensación alguna en estos casos).

Este ha sido el punto de partida de una serie de pronunciamientos judiciales⁸¹ que no se han limitado a los trabajadores interinos, extendiendo el reconocimiento de la indemnización de 20 días por año trabajado a trabajadores temporales con contratos distintos, pertenecientes tanto al sector público como al sector privado. De ese modo, trabajadores con contrato de obra y servicio (STSJ Galicia, 30.11.2016 (rec. núm. 3277/2016)) y con contrato eventual (STSJ País Vasco 22.11.2016 (rec. núm. 2146/2016)) se han beneficiado de la aplicación doctrina “*de Diego Porras*”

⁸¹ En este punto es muy recomendable realizar una lectura de la Guía práctica para el seguimiento de la evolución de la doctrina “*de Diego Porras*”, que Ignasi Beltran elabora en su blog, fecha de consulta 10 de marzo de 2017, disponible en goo.gl/NDT4A1

Sin embargo, no estamos ante una cuestión pacífica, pues en supuestos similares hay tribunales que también se pronuncian en sentido contrario. Así, no se ha indemnizado con 20 días por año trabajado a trabajadores temporales con contrato de obra y servicio (STS 23.11.2016 (rec. núm. 690/2015)), ni tampoco a trabajadores indefinidos no fijos (STS, 7.11.2016 (rec. núm. 755/2015)), concediéndoles en ambos casos la compensación que prevé el artículo 49.1 c) ET.

Todo ello revela un cierto estado de confusión, que a su vez constituye la antesala de una obligada reforma legislativa que, cumpliendo doctrina y normativa europea, delimite el régimen de las compensaciones en la contratación temporal. Debe precisarse, que esta hipotética reforma no afectaría a los contratos formativos, debido a que por el momento han quedado al margen de los efectos de la doctrina “*de Diego Porras*”.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea "De Diego", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº3, 2016, p. 128-139

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 28.6.2004 (rec. núm. 4360/1998)

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia 4ª, 7.12.2011 (rec. núm. 4574/2010)

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Pablo Arnaldo Topet
Profesor Adjunto Regular
Universidad de Buenos Aires

Introducción

En términos generales puede afirmarse que la contratación temporal en la República Argentina se ha utilizado con fines distintos a los que la justifican, esto es alguna circunstancia extraordinaria que ameritara apartarse del principio general de indeterminación de los contratos.

La tasa de informalidad es muy elevada y se mantiene desde hace más de quince años en un índice del 34%, por lo que toda evaluación siempre debe hacerse considerando esta circunstancia.

Índices oficiales del año 2011 indicaban que la modalidad era utilizada en mayor medida en contratos para jóvenes

Excepto en el periodo de políticas neo liberales de la década de los noventa, que implantaron la flexibilidad laboral en un conjunto de institutos del ordenamiento laboral, entre ellos las contrataciones laborales incausadas y una serie de contratos por tiempo determinado en buena medida tomados de la experiencia española, en Argentina el principio axiológico y normativo sobre el que se asienta toda la estructura normativa es el de los contratos por tiempo indeterminado.

En cuanto a la actualidad no suscita debate la utilización del contrato a plazo fijo en razón de no alcanzar índices elevados; si genera polémica la utilización del contrato de trabajo eventual, y dentro de esta variante la provisión de trabajadores eventuales mediante la intermediación de agencias de servicios eventuales.

La fractura al interior del colectivo laboral de las empresas y establecimientos que se genera por la existencia de grupos numerosos de trabajadores bajo un régimen modal de contrato de trabajo eventual, es una de las fuentes de conflicto más importantes en todo el territorio del país y en todas las actividades de la estructura económica y laboral.

Hay un hecho que es significativo en la experiencia argentina, es la utilización de agencias de servicios eventuales, que tienen una regulación específica (Ley de Contrato de Trabajo

20.744, artículos 99, 9, 2 bis; Ley de Empleo 24.013, artículos 75 a 80 y por el Decreto Reglamentario N° 1694/2006). Pero esta relación triangular es fuente de innumerables conflictos sobre el sujeto empleador y sus responsabilidades y sobre la licitud de la tarea asignada al trabajador eventual. Además por los vínculos jurídicos de los trabajadores de las empresas de servicios eventuales que son contratados para “ser asignados a otra empresa que requiere un trabajador eventual”, en un contrato que si bien es permanente tiene la discontinuidad dada por la asignación aleatoria de un trabajo, por ello como garantía para el trabajador se le garantiza que los lapsos de suspensión (por no asignación de empresa para prestar tareas) no pueden ser superiores a cuarenta y cinco (45) días corridos o noventa (90) discontinuos en el término de un (1) año; en el supuesto que se sobrepasen estos límites el trabajo puede considerarse despedido y acreedor a una indemnización por despido.

No se disponen estadísticas actualizadas de los porcentajes de contrataciones temporales, pero si hay abundante casuística en la que se discute la inhabilidad, por incumplimiento de sus requisitos habilitantes, de las contrataciones temporales y se acciona en reclamo de indemnizaciones propias de los contratos por tiempo indeterminado.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

El principio general de la regulación laboral en la República Argentina es el de la preeminencia del contrato por tiempo indeterminado.

Pero, también está expresamente prevista la posibilidad de formalizar un contrato temporal o de duración determinada.

En la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20744 sancionada en el año 1974 y luego modificada parcialmente en varias ocasiones) se prevé expresamente dicha posibilidad; lo hace en el Título III “*De las modalidades del contrato de trabajo*”, artículo 92 que enumera los requisitos generales de dicha modalidad: a) que se formalice por escrito y que se establezca el plazo de duración y; b) “*Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas así lo justifiquen*”.

Queda claro entonces que los contratos por duración determinada solo son admisibles solo si están causados o debidamente justificados.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

Los contratos que la Ley de Contrato de Trabajo regula (Ley 20.744 sancionada en el año 1974 con sus modificaciones) son dos: el Contrato a Plazo Fijo y el Contrato Eventual.

El contrato de trabajo a plazo fijo está regulado en los artículos 93 y 94, de la norma indicada. En la primera se establece el plazo máximo de este tipo de contratación que no puede superar los cinco (5) años. El segundo la obligación de otorgar un preaviso de finalización de contrato que no podrá ser inferior a un (1) mes ni superior a dos (2) meses, excepto que el contrato se haya formalizado por un plazo que sea inferior al mes. La omisión de preaviso convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado.

El contrato a plazo fijo debe perfeccionarse, en cumplimiento de los principios generales por escrito y justificarse objetivamente (no tratarse de una tarea permanente, estar ante una exigencia extraordinaria o transitoria).

El otro contrato regulado en la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20744 sancionada en el año 1974 y luego modificada parcialmente en varias ocasiones) en el artículo 99 es el contrato de trabajo eventual, que además es regulado en otra norma la Ley 24.013 de manera complementaria en los artículos 69 a 74.

La distinción entre esta modalidad y la del contrato a plazo fijo esta dada en que no sea posible determinar previamente un plazo para la terminación del contrato, es esta “*incerteza*” en la fecha de finalización la que las distingue.

La norma lo caracteriza del siguiente modo “ (*....) para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por este, en relación a servicios extraordinarios y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato “ y a continuación “Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador”.*

Este tipo de contratación puede hacerse efectivo a través de las ESE (Empresas de Servicios Eventuales, reguladas por la Ley 24.013 en los artículos 75 a 80., el Decreto Reglamentario 1694/2006 que reglamenta su funcionamiento, autoriza según su artículo 6, a asignar trabajadores a empresas usuarias solo en los siguientes supuestos:

a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese periodo.

b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el periodo en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo.

c) Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma vocacional y extraordinaria, un número mayor de trabajadores.

d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones.

e) Cuando requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria.

f) En general, cuando por necesidades extraordinaria o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

Como se advierte es una lista exhaustiva que intenta evitar el fraude en la utilización de los contratos eventuales.

Asimismo se establece la expresa prohibición en el artículo 70 de la Ley de Empleo 24.013 (1991) de utilizar el contrato de trabajo eventual para sustituir a trabajadores que ejercen el derecho de medidas legítimas de acción sindical.

Además en el artículo 71 de la norma se prohíbe a las empresas que hayan suspendido o despedido trabajadores durante seis (6) meses anteriores a la contratación de un trabajador eventual para sustituirlos.

La Ley 25.013 con las modificaciones establecidas por la Ley 26.390 en el año 2008, regula el contrato de aprendizaje cuya finalidad es formativa (teórica y práctica). Esta finalidad debe ser descrita con precisión en un programa adecuado a la duración del mismo. Se debe formalizar por escrito, y las partes deben ser un joven de entre dieciséis (16) y veintiocho (28) años, que se encuentre desempleado y un empleador.

El plazo de duración tiene un mínimo de tres (3) meses y un máximo de un (1) año.

No se puede contratar un aprendiz que haya tenido una relación laboral previa con el mismo empleador (para evitar el fraude en su utilización).

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

En el contrato a plazo fijo la duración máxima habilitada por la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 modificada en varias ocasiones hasta la actualidad) es de cinco (5) años.

Se ha previsto en el artículo 72 de la Ley Nacional de Empleo 24.013 (1991) se incluyó para el supuesto de contrato eventual para atender “*exigencias extraordinarias del mercado*” pero con un límite preciso, al indicar en el apartado b) que: “*la duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis (6) meses por año y hasta un máximo de un (1) año en un periodo de tres (3) años*”. Esta disposición se incluyó como un clausula anti fraude.

Una garantía anti fraude establecida en el Decreto Reglamentario 2694 /2006 de la Empresas de Servicios Eventuales (ESE), es la incluida en el artículo 7º, al indicar que “*(...)deberán respetar una proporción razonable y justificada de trabajadores eventuales en relación con el número de trabajadores permanentes de la empresa usuaria, como así también una extensión temporal adecuada con los servicios a brindar*”; y para ésta hace un reenvío a la negociación colectiva, que deberá determinar “*las pautas que permitan determinar los límites mencionados para cada actividad o sector.*”

En el contrato de aprendizaje el plazo máximo de contratación es de un (1) año.

Respecto al porcentaje máximo de contratos de aprendizaje que pueden formalizarse en una unidad económica se establece que el número de aprendices no puede superar el 10% del total de trabajadores del establecimiento contratados por tiempo indeterminado; en el caso que el total de los trabajadores del establecimiento no supere los diez trabajadores con contrato por tiempo indeterminado, se autoriza a admitir un aprendiz y, para el caso que el empresario no tuviere trabajadores bajo relación de dependencia, se le autoriza a contratar un aprendiz.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

En la actualidad dichos contratos no se encuentran habilitados por la legislación, durante un breve periodo de tiempo fueron introducidos en la legislación nacional por la Ley 24.013 (1991), durante un gobierno de cuño neo liberal que implementó políticas de flexibilización laboral; en aquella legislación dicha forma de contratación estaba mediada por la previa habilitación por la vía de la negociación colectiva (que en la República Argentina era en forma prevalente por rama de actividad con alcance nacional) que podía

incluir las en los convenios colectivos, fue una de las primeras experiencias en el ordenamiento nacional de “*disponibilidad colectiva*”.

Luego en el año 1994, durante la gestión del mismo gobierno, se incluyó un contrato de fomento del empleo, pero en esta ocasión sin exigir la habilitación colectiva, la norma no se encuentra vigente.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

La legislación laboral no reconoce este derecho de preferencia, sin embargo, la acción sindical procura efectivizar a los contratados bajo estas formas, lo hace mediante acciones de negociación o de conflicto y con suerte diversa.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

No se permiten discriminaciones de este tipo. En la regulación de las contrataciones temporales mediante la modalidad eventual se establece en forma expresa la igualdad de derechos, lo hace el artículo 100 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 que dispone: “*Los beneficios provenientes de esta ley se aplicarán a los trabajadores eventuales, en tanto resulten compatibles con la índole de la relación y reúnan los requisitos a que se condiciona la adquisición del derecho a los mismos*”.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

En los contratos a plazo fijo (que no pueden tener una duración que exceda los cinco (5) años) hay una indemnización se prevén dos supuestos; el primero el despido antes del cumplimiento del plazo pactado, para esta situación se suma a la indemnización que corresponde por la extinción en tales condiciones un mes del salario mensual, normal y habitual por año trabajado o fracción mayor de tres meses, con la de los daños y perjuicios provenientes del derecho común (se aplica el Código Civil y Comercial de la Nación); para el supuesto de finalización por cumplimiento del plazo se le debe abonar una indemnización en los términos del artículo 250 de la Ley de Contrato de Trabajo (que reenvía a las previsiones del artículo 247 del cuerpo citado), esto es medio salario mensual normal y habitual por cada de año trabajado o fracción de tres meses.

En el supuesto de los contratos eventuales no se prevén indemnizaciones, excepto que el despido se produzca antes de la finalización de la “*eventualidad*” (servicio extraordinario determinado de antemano, exigencia extraordinaria y transitoria de la empresa) que justificare la utilización de dicha modalidad, en la Ley de Empleo 24.013, se aclara que la extinción del motivo de “*la finalización de la obra o tarea asignada, o del cese de la causa que le diera origen*”.

La misma Ley de Empleo 24.013, dispone en el artículo 74 que “*(...) no procederá indemnización alguna cuando se produzca la finalización de la obra o tarea asignada, o del cese de la causa que le diera origen*”.

En el contrato de aprendizaje (Ley 25.013 con las modificaciones establecidas por la Ley 26.390), se establece una indemnización de medio mes de sueldo si el empleador no le otorga un preaviso de 30 días.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

La indemnización prevista en el contrato a plazo fijo es igual a la prevista para los supuestos de extinción de la relación por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en el contrato eventual no hay indemnización exigible.

En el caso del contrato de aprendizaje, la indemnización es similar a la prevista para el contrato a plazo fijo, pero solo es debida si no se otorga el preaviso correspondiente.

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

En la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 de 1974 con sucesivas reformas hasta la actualidad), la regulación de las formas temporales estatuye un principio general en el artículo 90 al establecer que “*La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) [Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas así lo justifiquen], convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado*”.

Además, en la regulación específica del contrato a plazo fijo, incluida en el artículo 94 de la misma ley, se dispone para los casos en que se omite otorgar el preaviso que “(...) se entenderá que acepta la conversión del mismo como de plazo indeterminado”.

En la Ley de Empleo 24.014 (1991), en el artículo 69 se prevé la conversión en un “contrato por tiempo indeterminado” en dos supuestos; en el caso del trabajador que continúa prestando tarea luego de la reincorporación del trabajador que había reemplazado y, la misma solución se legisla para el caso de producirse el vencimiento de la licencia o de reserva de puesto del trabajador al que reemplazaba el trabajador con contrato eventual.

En el contrato de aprendizaje (Ley 25.013 con las modificaciones establecidas por la Ley 26.390), se establece que en el caso de incumplimiento de las obligaciones previstas para el empleador en la ley, el contrato se convierte a todos los efectos en uno por tiempo indeterminado.

10. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal.

Como comentario final hay que indicar que, en Argentina, la flexibilidad en materia de contratación laboral es fuertemente cuestionada por la utilización contraria a sus fines, ya que la experiencia desde los años noventa fue muy perjudicial para la estructura del mercado de trabajo, no solo se generaron puestos precarios, también se produjo un fenómeno de sustitución de contratos por tiempo indeterminado por formas flexibles; sin embargo no se puede soslayar que también hay quienes sostienen su necesidad para una economía con fuertes restricciones y muy abierta a la competencia global.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. Boletín temático de jurisprudencia, actualización julio de 2013.

CANDAL, P. El aprendizaje y el contrato de trabajo, En *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 2009- II. p. 1281 a 1286.

MACHADO, J. D. Comentarios a los artículos 9 a 102, Ley de Contrato de Trabajo, coordinada por Raúl Horacio Ojeda, comentada y concordada, Segunda Edición Actualizada , Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni (Buenos Aires), 2011.

MINISTERIO DE TRABAJO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.
http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/oede/dinamica_deempleo.asp

MINISTERIO DE TRABAJO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.
http://www.trabajo.gob.ar/downloads/infoutil/Guia_Contrataciones.pdf

TRAJTEMBERG, D. Y VARELA, H.; “Movilidad Laboral de los trabajadores con contratos eventuales, ¿mecanismo de inserción en empleos estables o regularización de la inestabilidad laboral?”, *Revista Trabajo y Sociedad*, n°. 24, 2015.

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN BRASIL

Helena Stela Sampaio
Doctora por la Universidad de las Islas Baleares,
Profesora y Coordinadora del Curso del Derecho de la Facultad Farias Brito, en
Fortaleza, Brasil

Eduardo Pragmácio Filho
Doctorando y Master en Derecho del Trabajo por la PUC-SP,
Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad Farias Brito, en Fortaleza, Brasil

Introducción

El contrato de trabajo temporario está regido por la Ley 6.019/1974⁸², que, en su artículo 2º, lo define como “*aquel prestado por persona física a una empresa, para atender a la necesidad transitoria de sustitución de su personal regular y permanente o al acrecido extraordinario de servicios*”. Es decir, la relación de trabajo temporario es una relación triangular, en la que un trabajador es empleado de una empresa alquiladora de mano de obra temporaria, pero prestando servicios para otra empresa tomadora.

No se debe confundir el contrato temporario con el contrato por plazo determinado, que se refiere al artículo 443 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo - CLT⁸³.

Tampoco se debe confundir ese contrato temporario de ámbito privado, con alguna modalidad similar de contratación por plazo determinado de la Administración Pública que tiene reglamento propio por la Ley nº8.666/1993.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

Sí, es posible hacer un “*contrato temporario*”, por medio de empresa interpuesta, de acuerdo con la Ley nº 6.019/1974, siendo que la empresa alquiladora de mano de obra (interpuesta) debe tener autorización del Ministerio del Trabajo para funcionar.

⁸² Para acceso a la Ley 6019/1974: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm.

⁸³ Para acceso a CLT: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

El trabajo temporario solamente puede ocurrir para (i) acrecimiento extraordinario de servicios de la tomadora o (ii) para sustitución temporaria de mano de obra permanente de la empresa tomadora.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

Solamente existe una única modalidad, actualmente, de la contratación temporaria, de acuerdo con la Ley 6.019/1974.

La existencia del contrato temporario presupone que la empresa tomadora busque una empresa alquiladora y autorizada por el Ministerio del Trabajo para hacerlo. Debe existir contrato escrito, en el cual serán descritas las razones de la contratación temporaria (acrecido extraordinario de servicios o sustitución temporaria de la mano de obra permanente).

El plazo máximo de un contrato temporario en relación a un mismo trabajador no puede exceder 3 meses, a la excepción de una autorización del Ministerio del Trabajo para tal.

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

Sí. La duración máxima es de 3 meses (artículo 10, Ley 6.19/1074), pudiendo haber prórroga mediante autorización del Ministerio del Trabajo, solamente en los casos de sustitución temporaria de personal permanente, situación que tiene más 9 meses de plazo según la reglamentación del propio ministerio – *Portaria 789/2014* – MTE.

No hay, todavía, en la legislación brasileña un límite máximo o porcentaje para el número de contratación temporaria.

De esta manera, como solo puede haber contrato temporario para las situaciones de acrecido extraordinariamente de servicios y para sustitución temporaria, por un periodo de 3 meses, acaba que la contratación temporaria no tiene mucha utilización en la práctica.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

No hay fomento para la modalidad de contrato temporario.

En Brasil, aún, existe la obligación para la contratación de jóvenes aprendices, en cuota de 5 a 15%, de acuerdo con el artículo 429 de la CLT, y obligación de contratación de

personas con deficiencia, en conformidad con las cotas descritas en el artículo 93 de la Ley 8.213/1991.⁸⁴

La garantía de empleo de los aprendices debe ser hecha en la modalidad de un contrato por plazo determinado (de hasta 2 años), directamente por el empleador, siendo diferente, por lo tanto, del contrato temporario que necesita de empresa interpuesta.

A su vez, la contratación de personas con deficiencia debe ser realizada por plazo indeterminado, por lo tanto, una contratación “común”.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

No. No hay.

La Ley 6.019/1974, además, en su artículo 11, reglamenta la nulidad de cualquier cláusula de reserva, prohibiendo la contratación del trabajador por la empresa tomadora o clienta al final del plazo de la contratación temporaria.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

La regla general, existente en el artículo 12 de la Ley 6.019/1974, es que los trabajadores temporarios tendrán la misma remuneración de los empleados de la empresa tomadora. Pero, esa igualdad en la práctica no alcanza los derechos contenidos en la norma colectiva, considerando que los trabajadores temporarios pertenecen a una categoría diferente de la categoría de los trabajadores empleados de la empresa tomadora de servicios.

De esta manera, tienen igualdad salarial, pero no tienen igualdad de beneficios contenidos en normas colectivas de la categoría de la cual temporariamente ejercen los trabajos.

La jurisprudencia de los jueces y tribunales de trabajo, tímidamente, por otro lado, viene reconociendo paridad entre los empleados y los contratados temporariamente, extendiendo a los últimos los mismos derechos contenidos en las normas colectivas (orientación jurisprudencial 383 del TST)⁸⁵.

⁸⁴ Para acceso a la Ley 8213/1991: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm

⁸⁵ Para acceso a las Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Superior do Trabalho (TST): http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

El trabajador temporario es, en verdad, empleado de la empresa alquiladora de mano de obra. En razón de eso, cuando hay el término del contrato de trabajo temporario, serán pagadas las “*verbas*” rescisorias surgidas por el término “*natural*” de un contrato por plazo determinado, como vacaciones proporcionales, décimo tercer sueldo proporcional, etc.

No existe en la legislación brasileña, por lo tanto, una “*precarización*” o disminución de “*verbas*” rescisorios en el caso de trabajo temporario.

La diferencia “*económica*” básica entre el término de un contrato por plazo determinado comparando con un contrato de plazo indeterminado está en la multa de 40% del FGTS, que solamente es debida, en general, en los términos de contrato por plazo indeterminado.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

En Brasil, por general, el empleador puede despedir al empleado sin justificativa, pero deberá informarle, pagar “*verbas*” rescisorias (vacaciones proporcionales + 1/3, décimo tercero sueldo proporcional) y pagar una indemnización equivalente a 40% del FGTS⁸⁶.

En el caso de un contrato por plazo determinado, como es la mayoría de los contratos temporarios, deben ser pagadas todas las “*verbas*” rescisorias a la excepción de los 40% del FGTS. De esta forma, en plan general, son las mismas “*verbas*” rescisorias de un despido por plazo indeterminado.

⁸⁶ O FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é um direito de todos os empregados, garantido pelo artigo 7º, III da Constituição e regulamentado pela Ley 8036/1990, e corresponde a 8% da remuneração mensal do empregado e será pago pelo empregador, depositando-se em uma conta bancária vinculada do governo, e somente será sacado, regra geral, por ocasião da despedida do emprego por iniciativa do empregador.

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

Si la contratación temporaria es fraudulenta o no obedece a los requisitos de la Ley 6.019/1974, podrá ser formado el vínculo de empleo directamente con la empresa tomadora de los servicios, haciendo con que sean pagadas todas las verbas legales, colectivas y reglamentares al trabajador, como se fuera un despido sin justa causa por parte del empleador.

Bibliografía y glosario

BARROS, A. M. DE. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr
BONFIM, V. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Impetus.
DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr

Glosario / Lista de siglas

EMPRESA TOMADORA: aquella que contrata a la empresa alquiladora la mano de obra que le será prestada temporariamente.

EMPRESA ALQUILADORA: aquella que mantiene vínculo directo con el empleado, por eso es considerada interpuesta cuando alquila temporariamente la mano de obra a la empresa tomadora.

FGTS: Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio

MTE: Ministerio del Trabajo y Empleo

PORTARIA: tipo de reglamento infra legal.

TST: Tribunal Superior del Trabajo

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN CHILE

Francisco Javier Tapia Guerrero – Carmen Elena Domínguez
Profesores de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

La contratación temporal en Chile –como en la experiencia comparada- ha tenido un fuerte impulso desde los años noventa, lo que unido a las figuras de descentralización empresarial, han provocado una cierta precarización del empleo que se contradice con la tendencia de progresiva protección de los trabajadores, al aumentar el grado de tutela en la estabilidad en el empleo con las reformas de 1990 y de 2001, así como la instalación en 2006 de un modelo de juicio laboral que consagra el amparo frente a la vulneración de los derechos fundamentales con ocasión del despido. La política de derecho seguida a partir de la recuperación de la democracia expresa la tensión entre la tutela y la flexibilidad, aunque es necesario advertir que ella no tiene la intensidad ni los efectos que provocaron las reformas laborales de los años setenta durante la dictadura.

Según la Encla 2014, los trabajadores por obra o faena alcanzan al 11% y los contratados a plazo fijo, un 12% versus el 74% de los trabajadores con contrato indefinido⁸⁷, aunque se advierte en dicha encuesta que ha disminuido la proporción de trabajadores contratados bajo modalidad. Se agrega que ello depende del tamaño de la empresa y del área de la economía, en el que es posible señalar que a mayor tamaño, mayor contratación temporal⁸⁸.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

Si. En Chile se permite la contratación a plazo o por obra o faena determinada, lo que supone condicionar la duración del contrato de trabajo al cumplimiento de una fecha o al término de una obra o faena que se debe especificar en el propio documento. Ambas son figuras más bien excepcionales, recogidas con ocasión de las causales de término del contrato de trabajo, en el artículo 159 números 4 y 5⁸⁹, pues en Chile rige la regla de la continuidad que implica en estos casos que frente al silencio de las partes respecto a la

⁸⁷ Dirección del Trabajo. Encuesta Laboral 2014. Resumen Ejecutivo. Página 11. Encuesta autoaplicada.

⁸⁸ Misma encuesta.

⁸⁹ Ver Código del Trabajo de Chile en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>

duración del contrato o a la falta de claridad sobre ella, se preferirá la duración indefinida de los mismos.

El tipo de actividades que pueden contratarse bajo estas modalidades no está definido en la ley, por lo que podrán emplearse tanto para actividades temporales o excepcionales de la empresa, como aquellas propias de su actividad habitual.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

La legislación chilena considera dos tipos de contratos de trabajo temporales:

- a. El contrato a plazo fijo, regulado en el artículo 159 n°4 del Código del Trabajo, en el contexto de las causales que ponen término al contrato de trabajo sin derecho a indemnización y por acuerdo de las partes. Este contrato es regido por la normativa general de los contratos laborales, y se le aplican ciertas reglas especiales, como por ejemplo, que los contratos de duración de hasta de treinta días deberán escriturarse en el plazo de cinco y no de quince días desde el inicio de la prestación de los servicios, como es la regla general; o que deberá identificarse en la cláusula de duración de forma clara y precisa el día en que las partes acuerdan que el contrato llegará a su fin, a riesgo de ser interpretado como un contrato de duración indefinida. Este tipo de contratación tienen una duración máxima de un año, con excepción de aquellos trabajadores con título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior, en cuyo caso podrán pactarse contratos de trabajo de hasta dos años de duración.

La misma norma citada, prevé ciertas hipótesis en las que se entenderá que un contrato a plazo se transforma en indefinido por el sólo ministerio de la ley:

- i.* Cuando el trabajador sigue prestando servicios más allá del tiempo de duración de su contrato de trabajo;
- ii.* Cuando se renueva por segunda vez el contrato de trabajo,

Asimismo, la ley señala que presumirá legalmente que un trabajador ha sido contratado indefinidamente cuando hubiera prestado servicios de forma discontinua en virtud de más de dos o más contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses.

- b. El contrato por obra o faena determinada, se encuentra regulado de forma indirecta en el artículo 159 n°5, también en razón de las causales de término del contrato de trabajo que no dan derecho a indemnización y se fundan en un acuerdo previo de las

partes. En este tipo de contratos, no se ha pactado una fecha que marque el fin de la relación de trabajo, pero si se ha contratado en razón de una obra material o intelectual específica y determinada, que es finita por naturaleza y que por ende marca el fin de la relación laboral. Es decir, si bien no se sabe cuándo terminará, si sabe que lo hará al breve tiempo.

Respecto a este tipo de contratos no se aplican las presunciones antes señaladas ni se han fijado plazos de duración, aunque sí el órgano administrativo ha entendido que *“no resulta posible la renovación de un contrato de tal naturaleza, sin perjuicio de que una vez que aquélla haya finalizado y finiquitado, éste pueda ser recontratado para una faena distinta a la primitiva, dando origen a una nueva relación laboral”*. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en fallo de Recurso de Unificación que *“los servicios que pueden dar lugar a que opere la causal prevista en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo, deben ser necesariamente transitorios o de limitada duración –no indefinidos– de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de, o conversión en, un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley”*⁹⁰. En consecuencia, ha hecho operable de forma analógica al contrato a plazo, la conversión de un contrato por obra o faena determinada en uno indefinido, respecto a aquellas contrataciones que si bien operando bajo la lógica de la obra o faena, la misma no tienen el carácter de transitorias o de limitada duración.

Dentro de éstos es posible identificar el contrato de trabajadores agrícolas de temporada (artículos. 93 a 95 del Código del Trabajo), el contrato de los trabajadores portuarios eventuales (artículos. 133 a 145), el contrato de deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas (artículos. 152 bis B a 152 bis H) y el contrato de trabajo de servicios transitorios (artículos. 183-R a 183 AB); todos ellos con una regulación específica.

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

Si, los contratos a plazo tienen una duración máxima de un año, por regla general, y por excepción, la contratación por dos años cuando el trabajador cuente con título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior, entendiendo por ellas tanto universidades como centros de formación técnica e institutos profesionales⁹¹; todo esto

⁹⁰ Fallo Excma. Corte Suprema, Rol N°4656-2014 del 30 de diciembre de 2014.

⁹¹ Es decir, se entienden fuera de estas hipótesis aquellos liceos industriales de educación media técnico-profesional.

sin perjuicio de los plazos menores que se fijan en cada caso para los contratos especiales antes señalados en la pregunta 2.

Por su parte, el contrato por obra o faena determinada no posee una duración fijada en meses o años, sino más bien la misma está condicionada a la naturaleza de la obra o faena para la cual el trabajador fue contratado. Como señalamos en la pregunta anterior, la Corte Suprema en fallo de unificación, ha sostenido que las obras o faenas en las que se funda esta modalidad excepcional de contratación y que habilitan para poner término al contrato sin derecho a indemnización, deben ser temporales y de duración determinada.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

La legislación chilena contempla el contrato de aprendizaje en los artículos 78 a 86, el que tiene por objeto fomentar la contratación de menores de veintiún años. Este contrato no puede tener una duración mayor a los dos años y se sujeta a la duración del plan de aprendizaje. La ley establece que el empleador no podrá exceder el 10% de trabajadores aprendices, considerando el total de trabajadores a jornada completa en la empresa que dirige.

En cuanto al contenido obligacional, este contrato contiene una obligación adicional a las propias de la prestación de servicios subordinada; específicamente impone al empleador el deber de entregarle al aprendiz *“los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido”*.

La remuneración de este tipo de contratos no está sujeto a los límites legales del ingreso mínimo mensual y tampoco puede ser objeto de negociación colectiva. Sin perjuicio de ello, una reciente reforma legal⁹², eliminó la prohibición de negociar colectivamente a los contratados bajo este tipo de contrato, sólo para la mediana y gran empresa, y en el caso de la micro y pequeña empresa, la prohibición deberá constar en el contrato de trabajo para que pueda ser invocada por el empleador.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

No, no existe una norma que imponga tal preferencia.

⁹² La Ley N°20.940 que comienza a regir el 1° de abril de 2017.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

La regla general es que rige el principio de igualdad en las condiciones de contratación entre los trabajadores sujetos a contratos indefinidos y a plazo, o por obra y faena determinada. Se exceptúan de lo anterior, los contratos especiales señalados en la pregunta 2, en los cuales se prevén diferencias fundadas más en la especialidad de la actividad que justifica la regulación particular de este contrato de trabajo, que en su naturaleza temporal. Así por ejemplo; en el contrato de trabajadores agrícolas de temporada se entienden incorporadas al contrato como manifestaciones particulares del deber de protección del empleador, el otorgar alojamiento, alimentación y traslado cuando las condiciones así lo ameriten; por otra parte, en los contratos de trabajadores portuarios eventuales, la ley establece una duración máxima de veinte días, turnos de no más de ocho ni de menos de cuatro horas, una indemnización especial en caso de terminación de este contrato equivalente a medio turno y el pago de la remuneración de forma diaria, salvo que existe acuerdo distinto en un convenio de provisión de puestos de trabajo. Finalmente, en los contratos de trabajo de servicios transitorios, cuya duración no puede exceder de noventa o ciento ochenta días dependiendo de la causal que lo justifica, y excepcionalmente, más que ello cuando la causal legal obedece al cumplimiento de una condición extintiva, se establecen reglas especiales respecto a la remuneración que alteran este principio de igualdad. Así el artículo 183 Z señala que dentro de la remuneración pactada en los contratos de servicios transitorios, se entenderá comprendida la gratificación legal, el desahucio, la indemnización por años de servicios y sustitutiva del aviso previo y todo otro concepto que se devengue por el tiempo servido salvo el feriado.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

La regla general, es que los contratos a plazo y los por obra o faena de terminada, se extinguen por cumplimiento del plazo o conclusión del trabajo encargado, sin derecho a indemnización, como se indica en el artículo 159 del Código del Trabajo. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha aplicado de forma análoga la legislación civil, condenando al empleador que pone término anticipado al contrato por tiempo u obra o faena determinados, a pagar una indemnización equivalente a la remuneración por el periodo que restó para que el contrato concluyera en el tiempo debido, fundando tal decisión en

una infracción a la ley del contrato⁹³. Es decir, ha impuesto al empleador la obligación de pagar el lucro cesante que sufrirá el trabajador por el término anticipado del contrato.

Cabe señalar, que frente a los casos de autodespido, la jurisprudencia ha declarado que no se aplica el razonamiento anterior, sino las reglas laborales generales, procediendo entonces el pago de las indemnizaciones por falta de aviso previo y años de servicios⁹⁴.

Finalmente, la jurisprudencia administrativa ha precisado que es posible invocar respecto a este tipo de contratos otras causales de término distintas al cumplimiento del plazo convenido o la conclusión de la obra o faena, como lo son las causales graves del artículo 160 del Código del Trabajo (que tampoco dan derecho al pago de indemnizaciones) o la causal objetiva de “*necesidades de la empresa*” del artículo 161 inciso primero (respecto a la cual si proceden indemnizaciones por falta de aviso previo y años de servicios en caso de haber estado contratado por un año), procediendo a su respecto conforme a la legislación laboral general.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

Como se señaló anteriormente, los contratos a plazo o por obra o faena determinada, concluyen sin derecho a indemnización, cuando cumplen con el tiempo de duración pactado originalmente. Las únicas indemnizaciones que proceden en este caso, son aquellas que compensan el feriado pendiente a la fecha del término del contrato, en iguales términos a los de un contrato de duración indefinida.

Así mismo, como ya se indicó, en los casos de terminación anticipada de este tipo de contratos sin expresión de causa o por incorrecta invocación de las causales legales de los artículos 159, 160 o 161 del Código del Trabajo, los tribunales han sostenido que deben pagarse las remuneraciones que correspondan hasta el término del plazo o la conclusión de la obra, sin tope en la base de cálculo ni en la extensión mensual de dicha indemnización, a diferencia de las indemnizaciones laborales por término de contrato que tienen tope en la base de cálculo (noventa UF)⁹⁵ y en los meses indemnizados (once meses).

⁹³ Por todas ver fallo Excma. Corte Suprema, Rol N° 8465-2012 del 29 de mayo de 2013 (Unificación).

⁹⁴ Fallo Excma. Corte Suprema, Rol N°570, del 7 de diciembre de 1993.

⁹⁵ La Unidad de Fomento (UF) es una unidad de cuenta usada en Chile, reajutable de acuerdo con la inflación. Ver valor UF en <http://www.sii.cl/pagina/valores/uf/uf2017.htm>

No ocurre lo mismo cuando alguno de estos contratos termina anticipadamente por correcta aplicación de algunas de las causales graves del artículo 160 o de la causal objetiva de necesidades de la empresa del artículo 161. En el primer caso, concluirá el contrato sin derecho a indemnización, y en el segundo, procederá el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo (para el caso que no se haya avisado previamente el término con una anticipación mínima de treinta días) y la indemnización por años de servicios equivalente a treinta días de remuneración por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, con tope de noventa UF y once meses.

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

Como se indicó en la pregunta 2 anterior, la ley establece una serie de hipótesis en las que declara que el contrato a plazo se ha transformado en un contrato de duración indefinida, como sucede cuando el trabajador sigue prestando servicios más allá del plazo pactado en el contrato, o cuando se pacta la segunda renovación del mismo. Asimismo, la celebración de contratos a plazo por una duración superior a la legalmente establecida, hace aplicable la regla de continuidad.

La cuestión es más compleja respecto a los contratos por obra o faena determinada, donde no hay límites claros respecto a qué se entenderá por una obra determinada. ¿Es decir, es posible entender que una construcción que dura cinco años es una obra determinada? Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia judicial ha entendido que los contratos por obra o faena también pueden convertirse en contratos indefinidos, cuando la obra que sirvió de fundamento a la contratación no es transitoria o determinada en el tiempo, lo que se calificará caso a caso. No corresponde respecto a estos contratos, aplicar la regla de la renovación, pues un trabajador puede firmar contratos sucesos con su empleador, con tal que cada uno se funde en una obra finita e independiente entre sí.

10. Para los estados miembros de la Unión Europea, ¿qué consecuencias puede tener en el ordenamiento jurídico la doctrina instaurada en la STJUE 14.9.2016 que no admite diferencias de trato entre trabajadores temporales e indefinidos en cuanto a la indemnización por extinción del contrato?

No aplica

11. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal [opcional]

La reciente ley 20.940 que modifica las normas de la negociación colectiva y de la huelga, ha provocado los siguientes cambios en lo referido a los trabajadores contratados bajo modalidad temporal: a) Al igual que tratándose de los trabajadores a plazo fijo, se ha agregado a aquellos por obra o faena respecto de los cuales no es necesario solicitar la autorización judicial para el término del contrato, cuando éste se verifica durante el proceso negociador, en el que se otorga fuero laboral desde los diez días anteriores a su inicio y hasta los treinta días siguientes a concluido que sea; b) Ha eliminado la prohibición de negociar colectivamente a los trabajadores contratados exclusivamente para una obra o faena; y, c) ha establecido un procedimiento especial de negociación colectiva cuando se trata de una obra o faena superior a doce meses, aunque no tiene la protección del fuero laboral y carecen del derecho de huelga.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

- Rol N°570, del 7 de diciembre de 1993.
- Rol N°4656-2014 del 30 de diciembre de 2014.
- Rol N° 8465-2012 del 29 de mayo de 2013

ENCUESTA LABORAL (2014). (En: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-108317_recurso_1.pdf)

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN COSTA RICA

Dr. Alexander Godínez Vargas

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Costa Rica y
Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica

Dra. Isabel C. Jaramillo Arango

Consultora en Derecho del Trabajo y Recursos Humanos

Introducción

Los contratos de trabajo no se deben inscribir o registrar en ninguna oficina administrativa, por lo que no existen estadísticas sobre el número de contratos temporales suscritos, el porcentaje de trabajadores temporales o datos que permitan una comparación entre las condiciones laborales de los trabajadores temporales respecto los trabajadores indefinidos.

Sin embargo, los contratos temporales solo se suscriben por excepción, por lo que la mayoría de los contratos son por tiempo indefinido; máxime que existe un régimen de libre despido (artículo 63 de la Constitución Política), previo pago de ciertas indemnizaciones, salvo los casos específicos de colectivos protegidos por fueros especiales, con lo cual la suscripción de contratos indefinidos no suele constituir un obstáculo para que el empleador comunique el despido de los trabajadores contratados bajo esta modalidad.

Adicionalmente, la contratación a plazo tiene por lo general un límite temporal de un año, lo cual unido a la aplicación del principio de continuidad, transforma la sucesión de contratos temporales, aun y con ciertos períodos de inactividad entre uno y otro, en contratos por tiempos indefinidos, de modo que no suele ser tampoco un instrumento de utilidad en relaciones que ya de por sí se conoce que van a durar más del plazo legal.

Todas estas variables provocan que el uso de contratos temporales no sea significativamente alto.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

De acuerdo al artículo 26 del Código de Trabajo, el contrato de trabajo “sólo” podrá estipularse por tiempo determinado “*en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar*”.

Por consiguiente, esta “preferencia” (vid. *sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 1259-2010, 14:56 hrs, 09/09/2010*) del legislador por los contratos a tiempo indefinido hace que solo puedan celebrarse los contratos temporales cuando la causa de los mismos no sea permanente, dado que “*si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido*” (artículo 27 *Ibidem*).

En consecuencia, no son posibles las contratación temporales para atender necesidades permanentes de la empresa o para *desempeñarse en puestos* ubicados dentro de la escala organizativa de la empresa, “*al punto que existe un puesto con una nomenclatura determinada, dentro de un régimen de jerarquías*” establecido por la propia organización (Vid. *sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 146-2010, 10:00 hrs, 29/01/2010*). En estos casos, la contratación “*para burlar derechos laborales*” han sido calificadas por los tribunales como “*arbitraria y con abuso del derecho*” por parte del empleado (Vid. *sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 163-2009, 09:55 hrs, 20/02/2009*).

Una excepción a estas reglas lo es la contratación que tenga por causa eventos extraordinarios como resultaría de los casos en los que se contrata bajo esta modalidad para cubrir incapacidades transitorias, vacaciones, licencias o permisos, períodos de maternidad, etc., siempre que no se exceda del año (Vid. *sentencia del Tribunal de Trabajo de San José, Sección I. N° 65, 09:05 hrs, 16/02/2004*).

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

Existen muy pocas modalidades de contratos temporales. De manera general, aplicable a casi todas las actividades productivas, se encuentran los denominados contratos “*a tiempo fijo*” y “*para obra determinada*” (artículo 31 del Código de Trabajo). El primer contrato por su naturaleza, es susceptible de prórrogas.

Sin embargo, como una variación del contrato a tiempo fijo, también se regula el contrato para “*servicios que requieren preparación técnica especial*” (artículo 26 *Ibidem*) para el desempeño del puesto, lo que deberá demostrar el empleador.

Para los trabajadores del mar y de las vías navegables, la temporalidad del contrato la determina las fechas estimadas de salida y regreso a puerto (artículo 120 del Código de Trabajo).

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

Tanto el contrato por tiempo fijo como el contrato por obra determinada no podrán superar el año de duración “*en perjuicio del trabajador*”; no obstante, la jurisprudencia no reconoce que aun en beneficio del trabajador se pueda extender.

El contrato por servicios que requieren preparación técnica especial permite un plazo extendido hasta de cinco años. No se dispone en este caso de la existencia de prórrogas, sin embargo, resulta evidente que podrían darse siempre que el plazo inicialmente previsto más sus prórrogas no sobrepasen los cinco años.

El número de prórrogas no se encuentra limitado por la ley ni tampoco se exige que se pacten con la misma duración, siempre que se respete el plazo ya indicado. En caso de prórroga automática, cuando existe consentimiento implícito de ambas partes de continuar vinculados, se ha sostenido judicialmente que la prórroga debe ser por el mismo plazo que el inicialmente pactado (*vid. sentencia del Tribunal de Trabajo de San José, Sección I, N° 54-2006, 09:40 hrs, 27/01/2006*).

En cuanto a la costumbre de celebrar contratos temporales sucesivos de manera continua o interrumpida, con fundamento en la aplicación del principio de continuidad, los tribunales de justicia han considerado la existencia de una sola relación laboral de naturaleza continua y por tanto, por tiempo indefinido, cuando desde el inicio de la contratación hasta su extinción se ha sobrepasado el término de un año.

Tampoco existe una normal legal que disponga el porcentaje máximo de trabajadores que pueden ser contratados bajo esta modalidad en una misma empresa o centro de trabajo.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

En el país no existen normas orientadas a la promoción del empleo de colectivos en riesgos de exclusión (trabajadores adolescentes, de primer ingreso al mercado laboral, trabajadores de una determinada edad, etc.), flexibilizando las reglas de contratación temporal.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

Tampoco la regulación de la contratación temporal en el país reconoce a los trabajadores temporales un derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo –temporal o indefinido– en la empresa. Normalmente, estas regulaciones podrían ser incorporadas por medio de la negociación colectiva, sin embargo, el número de convenciones colectivas de trabajo en el sector privado, es sensiblemente bajo.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

No existe una regulación legal que permita establecer diferencias en las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales en comparación con los trabajadores indefinidos, solo por la modalidad de contrato. Cualquier diferenciación en el trato que no esté justificada en motivos que por igual se aplicarían a uno u otro colectivo, serían discriminatorias.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

El inciso a) del artículo 86 del Código de Trabajo dispone que el contrato de trabajo terminará sin responsabilidad para ninguna de las partes, por el advenimiento del plazo en los contratos a plazo fijo, salvo el caso de prórroga (lo que también sería aplicable a los contratos para servicios que requieren preparación técnica especial) y por la conclusión de la obra en los contratos para obra determinada.

En consecuencia, en los casos en los que la extinción del contrato temporal ocurre según los términos pactados, no existe por esa causa, un reconocimiento al trabajador de una compensación económica.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

No existe compensación económica a favor del trabajador en este caso (ver respuesta a pregunta No. 7).

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

En caso de incumplimiento de la normativa sobre contratación temporal, en lo que respecta al plazo máximo de contratación, la consecuencia legal es que el contrato se transforma en contrato a tiempo indefinido.

Esta transformación puede ser consecuencia de tres escenarios. El primero, cuando el plazo inicial del contrato sobrepasa desde ese mismo momento el año. El segundo, cuando no sobrepasando el año el plazo inicial, la suma de éste con sus prórrogas sí lo hace. El tercero, cuando siendo el plazo total inferior al año, al concluir el contrato, la materia del trabajo y las causas que le dieron origen se mantienen (*Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 648-2007, 09:50 hrs, 07/09/2007*).

Por otra parte, la consecuencia de que el contrato temporal concluya antes del vencimiento del plazo o de la conclusión de la obra, lo que en términos judiciales se considera como un “*rompimiento anticipado e ilegítimo del contrato*” (*Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 666-2008, 09:05 hrs, 13/08/2008*), es que se generan responsabilidades económicas para la parte causante de la extinción del contrato.

De conformidad con el artículo 31 del Código de Trabajo cualquiera de las partes puede poner término al contrato de trabajo, sin justa causa y antes del vencimiento del plazo o de la conclusión de la obra, pagando a la otra “*los daños y perjuicios concretos que demuestre*”.

Si es el patrono quien decide tomar esta decisión, la cuantía de los daños y perjuicios se determinará en relación con el tiempo de duración del contrato resuelto, con la importancia de la función desempeñada y con la dificultad que el trabajador tenga para procurarse cargo o empleo equivalente. Si es el trabajador quien decide hacerlo, la indemnización se calculará de acuerdo a la dificultad que tenga el empleador para encontrar sustituto. En cada caso, los daños y perjuicios no se presumen, sino que deben demostrarse por quien solicita el pago de la indemnización (*Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 665-2006, 10:05 hrs, 28/07/2006*).

En ambos casos el legislador opta por considerar que será en la vía judicial en la que se deberá dilucidar el monto concreto a pagar; salvo que evidentemente exista un acuerdo entre las partes sobre ello, que como se trata de un derecho litigioso, admite ser resuelto

por medio de un acuerdo conciliatorio extrajudicial en un Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, que por ley se le confiere el efecto de cosa juzgada material (artículo 9 de la Ley N° 7727 de 09 de diciembre de 1997).

Para los tribunales, la indemnización de daños y perjuicios no equivale por lo general y en el caso del trabajador, a la totalidad de los salarios dejados de percibir a futuro. Sin embargo, ello dependerá en cada caso concreto de la valoración de los criterios legales ya indicados y al menos, en lo que se refiere al cese del entrenador de fútbol que ocurre en plena temporada, cuando ya había vencido el plazo de inscripción para matricularse en otro equipo, lo que le impidió conseguir trabajo para lo que quedaba de esa temporada, se estimó que los daños y perjuicios consistían en la totalidad de los salarios dejados de percibir por el actor desde la fecha de la destitución (*Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 220-2009, 15:15 hrs, 11/03/2009*).

Adicional a la indemnización de daños y perjuicios, el mismo artículo 31 *Ibidem* impone al empleador en caso de que sea él quien le ponga fin al contrato en aquellas mismas circunstancias, el deber de pagar al trabajador, una indemnización adicional – comúnmente denominada como “*fija*”- que se calculará en un día de salario por cada siete días de trabajo continuo ejecutado o fracción de tiempo menor, que en ningún caso será inferior a tres días de salario. No obstante, si el plazo normal de vencimiento del contrato fuera de seis meses o más, la indemnización no podrá ser inferior a veintidós días de salario.

Mientras el trabajador tiene un plazo de prescripción de un año para reclamar estas indemnizaciones, el empleador tiene un plazo de caducidad de treinta días (art. 32 del Código de Trabajo).

En el supuesto del contrato temporal de los trabajadores del mar y de las vías navegables, el cambio de la nacionalidad de la nave o el hecho de que ésta pereciere por naufragio, provocará la conclusión de los contratos una vez que el trabajador sea restituido al lugar o puerto indicado en el contrato. En el primer supuesto, tendrá derecho el trabajador al pago de tres meses de salario y en el segundo caso, a dos meses de salario en concepto de auxilio de cesantía, siempre que por la duración del viaje no les corresponda un monto mayor de acuerdo a las reglas previstas para los contratos por tiempo indefinido (artículo 122 del Código de Trabajo).

10. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal

El contrato temporal debe celebrarse por escrito, salvo en el caso específico de las labores propiamente agrícolas o ganaderas, donde su uso puede estar más extendido y en los

trabajos accidentales o temporales que no excedan de noventa días (artículo 22 del Código de Trabajo). En este último caso, el empleador estará obligado a expedir cada treinta días, a petición del trabajador, una constancia escrita del número de días trabajados y de la retribución percibida.

Como el contrato temporal debe indicar el plazo de conclusión o debe precisarse las circunstancias en las que se entiende concluida la obra, no debe otorgárseles el preaviso a los trabajadores contratados, cuando se acerca la fecha de conclusión del contrato (*vid. dictamen del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, N°DAJ-AE-150-2007*).

Como la extinción del contrato en estos casos ocurre por el cumplimiento de una condición resolutoria –vencimiento del plazo o conclusión de la obra–, en los casos de trabajadores protegidos por fueros especiales frente al despido, la solicitud de autorización administrativa ante la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, no aplica (*vid. dictamen del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, N° DAJ-AE-192-2008*).

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA SEGUNDA, SENTENCIAS: N° 665-2006, 10:05 hrs, 28/07/2006; N° 648-2007, 09:50 hrs, 07/09/2007; N° 666-2008, 09:05 hrs, 13/08/2008; N° 163-2009, 09:55 hrs, 20/02/2009; N° 220-2009, 15:15 hrs, 11/03/2009; N° 1259-2010, 14:56 hrs, 09/09/2010; N° 146-2010, 10:00 hrs, 29/01/2010.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, DICTAMENES: N°DAJ-AE-150-2007; N° DAJ-AE-192-2008.

GODÍNEZ VARGAS, A. Y VAN DER LAAT ECHEVERÍA. *International Encyclopedia of Laws: Labour Law and Industrial Relations: Costa Rica*, editado por R. Blanpain, Kluwer Law International, 2ª edición, Alphen aan den Rijn, NL, 2012.

TRIBUNAL DE TRABAJO DE SAN JOSÉ, SECCIÓN I, SENTENCIAS: N° 65, 09:05 hrs, 16/02/2004, N° 54-2006, 09:40 hrs, 27/01/2006.

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN MÉXICO

Adela Noemi Monroy Enriquez

Abogada

Miembro de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Jessica Judith Sánchez Morales

Asistente de investigación - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Miembro de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Introducción

En 2012 la legislación laboral fue objeto de reformas en materia de contratación individual. La Ley Federal de Trabajo (LFT) reguló lo que ya existía en los hechos, los contratos a prueba y de capacitación inicial, así como la relación de trabajo por tiempo indeterminado para labores discontinuas y la subcontratación. Modalidades contractuales que si bien, como se lee son por tiempo indeterminado, abren la puerta a contratos temporales, como se explicará más adelante.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

En México desde 1970 existen dos tipos de contratos, los contratos por tiempo determinado u obra determinada y aquellos por tiempo indeterminado. En el caso de los primeros, la LFT, permite su existencia sólo bajo los siguientes supuestos: A. Puede celebrarse para ejecutar una tarea precisa, temporal o excepcional (por ejemplo, el trabajo de los artistas); y B. De acuerdo con ciertas hipótesis previstas en la ley (como el caso de la sustitución de un trabajador por enfermedad).

Por otro lado, a partir de la reforma de noviembre de 2012, el contrato por tiempo indeterminado se puede presentar con tres modalidades:

1. Contrato de trabajo por tiempo indeterminado para labores discontinuas o de temporada.
2. Contrato de capacitación inicial.
3. Contrato de trabajo a prueba.

Si bien los contratos antes citados son por tiempo indeterminado, también es cierto que las modalidades de contratación han abierto la puerta para considerarlos temporales, ya

que en el segundo y tercer caso, pueden tener una duración de hasta seis meses. Lo anterior desvirtuaría su fin, es decir, que un trabajador esté a prueba o que sea capacitado, convirtiéndolos en contratos temporales.

Desafortunadamente, no tenemos información estadística en la materia. Sólo podemos citar lo contenido en la Base de Datos de solicitudes de información realizadas a las dependencias de la Administración Pública Federal, en las cuales, ni la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, ni la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje proporcionaron información al respecto de si existe un registro o no, en el que se tenga conocimiento del número de contratos de capacitación inicial que se han celebrado a partir de la reforma de 2012, señalando que no tienen registro alguno de contratos colectivos celebrados bajo la figura de capacitación inicial, a razón de que las modalidades por las cuales se celebran los contratos colectivos de trabajo, son por tiempo indeterminado o para obra determinada⁹⁶.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

En México, por un tiempo determinado se pueden únicamente presentar en los siguientes casos (artículo 37):

- a. Cuando así lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar;
- b. Cuando se tenga por objeto substituir temporalmente a otro trabajador; y
- c. En los demás casos previstos por la LFT.

De acuerdo con lo expuesto en el artículo 37 de la LFT, podemos referir a manera de ejemplo, algunos de los casos previstos por la ley:

- Pueden ser por tiempo u obra determinado o para la inversión de capital determinado, las relaciones de trabajo para la explotación de minas que carezcan de minerales costeables o para la restauración de minas abandonadas o paralizadas (artículo 38).
- En el caso de los trabajadores de los buques, comprendiéndose cualquier clase de barco o embarcación que ostente bandera mexicana. La relación de trabajo podrá ser por tiempo determinado, por lo cual deberá fijarse el puerto al que deba ser restituido el trabajador, y a falta de ello, se tendrá por señalado el del lugar donde se le tomó.
- Los trabajadores del campo pueden ser eventuales o estacionales. Un trabajador eventual del campo es aquél que desempeña actividades ocasionales en el medio rural, que pueden ser por obra y tiempo determinado, de acuerdo a lo establecido en la LFT. Los trabajadores estacionales del campo o jornaleros son aquellas personas físicas

⁹⁶ Solicitud a la JFCA con folio 1410000020816, mayo 2016.

que son contratadas para laborar en explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales, acuícolas o mixtas, únicamente en determinadas épocas del año, para realizar actividades relacionadas o que van desde la preparación de la tierra, hasta la preparación de los productos para su primera enajenación, ya sea que sean producidos a cielo abierto, en invernadero o de alguna otra manera protegidos, sin que se afecte su estado natural; así como otras de análoga naturaleza agrícola, ganadera, forestal, acuícola o mixta. Puede ser contratada por uno o más patrones durante un año, por periodos que en ningún caso podrán ser superiores a veintisiete semanas por cada patrón.

- Otro caso que podemos referir en el cual la contratación por periodo determinado se permite, de acuerdo a la LFT, es el de los deportistas profesionales, donde las relaciones de trabajo pueden ser por tiempo determinado, para una o varias temporadas, o bien, para la celebración de uno o varios eventos o funciones.
- Las relaciones de trabajo pueden ser también por tiempo determinado, para varias temporadas, o bien, para la celebración de una o varias funciones, representaciones o actuaciones, en el caso de los trabajadores actores y músicos.
- Para los trabajos de médicos residentes en período de adiestramiento en una especialidad, la relación de trabajo será por tiempo determinado, no menor de un año ni mayor del período de duración de la residencia necesaria para obtener el Certificado de Especialización correspondiente.
- Para un empleo concreto en el exterior de duración determinada, en el caso de trabajadores mexicanos reclutados y seleccionados en México (artículo 28 A)

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

La duración de la contratación temporal, en el caso de México se da a partir de los contratos por tiempo determinado, los cuales como ya quedó señalado más arriba, tienen una vigencia, dependiendo de cómo se haya dado la contratación.

Como ya se ha señalado, las modalidades contractuales por tiempo indeterminado (capacitación inicial o contrato a prueba) a pesar de partir de una contratación indefinida, han abierto la puerta a relaciones temporales de trabajo. En el caso de periodo a prueba, éste no podrá exceder de treinta días, con la finalidad –señala la ley- de verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo que se solicita.

Aun cuando la legislación menciona que los periodos a prueba son improrrogables (artículo 39 D), existen algunas excepciones que permiten extender los periodos de contratación de esta modalidad. De este modo, cuando el periodo de prueba sea para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o

administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores técnicas o profesionales especializadas, éste podrá extenderse hasta ciento ochenta días (artículo 39 A).

Para el caso de los contratos por capacitación inicial, el trabajador se obliga a prestar sus servicios subordinados, bajo la dirección y mando del patrón, con el fin de adquirir los conocimientos y habilidades necesarios para la actividad que vaya a ser contratado. El artículo 39 B de la LFT refiere que este tipo de contrato tendrá una duración máxima de tres meses o en su caso, hasta de seis meses solo cuando se trate de trabajadores en puestos de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores que requieran conocimientos profesionales especializados.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

Actualmente a nivel federal no existen. No obstante, es de señalarse que en 2007 se creó el *Programa Primer Empleo* con la finalidad de promover una primera inserción laboral formal de los jóvenes en nuestro país⁹⁷. Dicho Programa tuvo por objeto apoyar a las personas físicas o morales en la generación de nuevos empleos de carácter permanente. Con la aprobación de dicho Programa se adicionó el 31 de diciembre de 2010 a la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR)⁹⁸ el Capítulo VIII denominado “*del fomento al primer empleo*”, adición que buscaba a través del otorgamiento de estímulos fiscales, la contratación de jóvenes sin experiencia laboral. En ese mismo sentido, fueron creados los *Lineamientos operativos para dar cumplimiento al Programa Primer Empleo* del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), siendo éste el encargado de recibir las solicitudes de los patrones que contratarán a cualquier trabajador adicional de nuevo ingreso y lo inscribieran ante el IMSS, para con ello, ser apoyados por el Gobierno Federal mediante un subsidio en los términos que señalaba el Programa, la LISR y los Lineamientos del IMSS. Sin embargo, la LISR fue abrogada a partir del 1° de enero de

⁹⁷ Decreto que establece las directrices generales para dar cumplimiento al Programa Primer Empleo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2007, consultado en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4960022&fecha=23/01/2007 ; Decreto que modifica el diverso que establece las directrices generales para dar cumplimiento al Programa Primer Empleo, publicado el 23 de enero de 2007, DOF 14-11-2011, consultado en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5218827&fecha=14/11/2011 ; Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Los jóvenes frente al empleo y el desempleo: la necesaria construcción de soluciones multidimensionales y multifactoriales”, Revista Latinoamericana de Derecho Social, Núm. 19, julio-diciembre 2014, pp. 133-162. Consultado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/19/art/art6.pdf>

⁹⁸ Ley del Impuesto Sobre la Renta, Ley Abrogada a partir del 1° de enero de 2014 por Decreto DOF 11-12-2013, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lisr/LISR_abro.pdf

2014 mediante Decreto de 2013, precisando en la nueva Ley⁹⁹ que todos aquellos patrones que, durante la vigencia del Capítulo VIII (LISR, modificada en 2010), hubieran establecido puestos de nueva creación para ser ocupados por trabajadores de primer empleo en los términos y condiciones establecidos en dichos Capítulos, tendrían el beneficio a que se refiere el mismo respecto de dichos empleos hasta por un periodo de 36 meses, conforme a lo previsto por el artículo 232 de la Ley del Impuesto sobre la Renta abrogada, desapareciendo del marco normativo federal la figura del fomento al primer empleo.

Actualmente, como un ejemplo podemos señalar que a nivel estatal, la Ciudad de México cuenta con un programa *Mi Primer Trabajo*, que vincula a los jóvenes de dicha entidad, que se encuentran en busca de un empleo, con la oferta de puestos de trabajo que ofrecen las empresas establecidas en su demarcación territorial y que son participes en el programa. Como parte de sus objetivos se encuentra el “*estimular los esfuerzos e iniciativas del sector empresarial de la Ciudad de México para incorporar jóvenes a su plantilla laboral, a partir del otorgamiento de apoyo económico a las y los jóvenes que realicen la práctica laboral previa a los procesos de contratación*”¹⁰⁰, sin embargo, es de precisar que sus resultados son aún imperceptibles.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

El artículo 154 de la LFT, el cual establece que los patrones estarán obligados a preferir a los trabajadores capacitados, respecto de los que no lo sean. En principio no existe oposición de que un trabajador temporal ocupe una plaza vacante. Sin embargo, en aquellos lugares en donde existe un contrato colectivo de trabajo, normalmente las plazas vacantes las suelen ocupar trabajadores propuestos por el sindicato. Los cuales pueden ser o no temporales.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

No las permite, de hecho, la LFT en sus artículos 2 y 3º establecen que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de

⁹⁹ Nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 2013, consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_301116.pdf

¹⁰⁰ Mi Primer Trabajo, consultado en: <http://miprimertabajocdmx.com/web/bienvenido/objetivos>

salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

La única diferencia en materia de condiciones de trabajo que se permite y que no se considera discriminatoria, se da cuando las distinciones, exclusiones o preferencias se sustentan en las calificaciones particulares que exija una labor determinada.

Así mismo, el artículo 86 establece una máxima en el derecho laboral mexicano “*A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual*”.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

Cuando se trata de una contratación temporal, no existe ninguna compensación especial prevista en la LFT. Al trabajador sólo se le tendrá que pagar la parte proporcional de vacaciones y aguinaldo por el tiempo de trabajo realizado y otras prestaciones que se le deban.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

Al no distinguir la LFT cuando se trata de un trabajador definitivo o temporal, no existen indemnizaciones diferentes. Sin embargo, cuando el despido se deriva de relaciones de trabajo para la explotación de minas que carezcan de minerales costeables o para la restauración de minas abandonadas o paralizadas los trabajadores tienen derecho a una indemnización de tres meses de salario y a recibir la prima de antigüedad -doce días de salario, que no puede ser mayor a dos salarios mínimos, por cada año de servicio- que les corresponda (artículo 436). Igualmente, cuando se trate de la implantación de maquinaria o de procedimientos de trabajo nuevos, que traiga como consecuencia la reducción de personal, a falta de convenio, el patrón debe obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje. Los trabajadores reajustados tienen derecho a una indemnización de cuatro meses de salario, más veinte días por cada año de servicios prestados o la cantidad estipulada en los contratos de trabajo si fuese mayor y a la prima de antigüedad que le corresponda.

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara

indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

La LFT, en su artículo 39 señala que en los casos de las relaciones de trabajo por obra o tiempo determinado, si vencido el término que se hubiese fijado a la relación de trabajo, subsiste la materia de trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia.

Por otra parte, en caso de que subsista la relación de trabajo aun cuando se haya terminado el periodo a prueba o capacitación inicial, ésta se considerará por tiempo indeterminado, el tiempo transcurrido de aquellos se tomará en cuenta para el cálculo de la antigüedad (artículo 39-E).

10. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal.

En el presente apartado enunciaremos las Tesis Aisladas en razón a las modalidades de contratación a partir de la reforma de 2012 en México.

1. Contrato de trabajo por tiempo indeterminado sujeto a capacitación inicial. El patrón no está obligado a comunicar al trabajador la fecha de su vencimiento (Ley Federal del Trabajo vigente a partir del 1o. de diciembre de 2012). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo III ; Pág. 1983. I.13o.T.128 L (10a.).
2. Contrato de trabajo por tiempo indeterminado sujeto a capacitación inicial. Es improcedente la acción derivada del despido cuando el trabajador no demuestra que la relación laboral existió por más de tres meses (Artículo 39-b de la Ley Federal del Trabajo, vigente a partir del 1o. De diciembre de 2012). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo III ; Pág. 1983. I.13o.T.129 L (10a.).
3. Contrato de trabajo por tiempo indeterminado sujeto a capacitación inicial. Es improcedente la acción intentada con base en un despido injustificado, si el patrón demuestra en juicio que aquél llegó a su vencimiento, y la comisión mixta de productividad, capacitación y adiestramiento emitió opinión en el sentido de que el trabajador no es apto para el empleo (Ley Federal del Trabajo vigente a partir del 1o. De diciembre de 2012). Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo III; Pág. 2005. I.13o.T.130 L (10a.).

4. Modalidades de las relaciones de trabajo. Aun cuando los artículos 25, fracciones ii y iv, y 35 de la Ley Federal del Trabajo son de naturaleza autoaplicativa, es necesario que el quejoso acredite que está contratado bajo una de esas modalidades para impugnarlos a través del juicio de amparo (legislación vigente a partir del 1o. de diciembre de 2012). Localización: [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 8, Julio de 2014; Tomo I; Pág. 405. 2a. LXVIII/2014 (10a.).
5. Modalidades de las relaciones de trabajo. Los artículos 39-a, 39-b, 39-c, 39-d y 39-e de la ley federal del trabajo que regulan el periodo a prueba y la capacitación inicial, son de naturaleza heteroaplicativa (legislación vigente a partir del 1o. de diciembre de 2012). Localización: [TA] ; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 8, Julio de 2014; Tomo I; Pág. 406. 2a. LXXXII/2014 (10a.).

Bibliografía, legislación y pronunciamientos judiciales

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, en vigor a partir del 30 de noviembre de 2012. Jurisprudencia; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Agosto de 2007; p 369. 2a./J. 133/2007.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., REYNOSO CASTILLO, C., La nueva legislación laboral mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, 114 p. (Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3224>)

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., “La nueva legislación laboral mexicana”, en Boletín Especial ADAPT no. 1, febrero 2013. (Disponible en: http://www.adapt.it/boletinespanol/index.php?option=com_content&view=article&id=102)

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., “Los jóvenes frente al empleo y el desempleo: la necesaria construcción de soluciones multidimensionales y multifactoriales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 19, julio-diciembre 2014, pp. 133-162. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/19/art/art6.pdf>

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, A., Los diez temas fundamentales de la reforma laboral en materia individual, *Análisis* núm. 4/2014, Friedrich Ebert Stiftung México, Mayo 2014, p. 32.

TESIS AISLADA; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo III ; Pág. 1983. I.13o.T.128 L (10a.).

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN REPÚBLICA DOMINICANA

Natachú Domínguez Alvarado

Abogada,

Gerente Senior en OMG y docente de la Universidad Iberoamericana.

Miembro de la Sección de Jóvenes Juristas de la Asociación de Derecho del Trabajo de República Dominicana

Introducción

En la República Dominicana no hay dudas de que siempre debe ser preferida la contratación por tiempo indefinido sobre aquella de duración determinada. Y para ello, el legislador ha sido muy claro en indicar los casos en los cuales se permite celebrar contratos temporales, siendo éstos de carácter excepcional y de interpretación restrictiva.

Siendo así, un juez que resulte apoderado de un conflicto laboral tendría la posibilidad (o hasta la obligación) de analizar las características del contrato que le sea sometido, y en el supuesto de que no caiga dentro de las excepciones establecidas en la ley deberá considerar que el mismo es por tiempo indefinido, aplicando las consecuencias que de ello se deriven.

Desafortunadamente, las autoridades laborales no han publicado información reciente sobre la cantidad de contratos de trabajo de duración determinada que existen en el país. La única data a la que se ha podido tener acceso para la realización de este trabajo indica que para el año 2015 se depositaron 33,855 planillas de personal fijo, correspondientes a 24,411 empresas registradas, involucrando un total de 933,918 trabajadores¹⁰¹.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

Sí, en República Dominicana es posible suscribir contratos temporales o de duración determinada, los cuales están regulados por la Ley 16-92 del 29 de mayo de 1992, que aprueba el Código de Trabajo¹⁰².

¹⁰¹ Ministerio de Trabajo. Memorial Institucional, año 2015. 15 de abril de 2016. Disponible en <https://www.mt.gob.do/transparencia/images/docs/publicaciones/MEMORIA%202015%20Ministerio%20de%20Trabajo%20Final.pdf>

¹⁰² Dicho Código entró en vigencia el 1 de enero de 1993 y se encuentra disponible en https://www.mt.gob.do/images/docs/biblioteca/codigo_de_trabajo.pdf

Pero, de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 de dicha norma, cuando se trata de atender necesidades permanentes de la empresa el contrato que se forma es por tiempo indefinido, por lo que el legislador excluye la posibilidad de que en estos casos se celebren contratos temporales o de duración determinada. La misma ley indica que se consideran trabajos permanentes aquellos que tienen por objeto satisfacer necesidades normales, constantes y uniformes de una empresa, como podría ocurrir por ejemplo con el encargado de limpieza.

De todas formas, el legislador permite hacer una interpretación positiva de esta regla a favor del trabajador, ya que se ha establecido que en cualquier caso el empleador le podrá garantizar que usará sus servicios durante al menos un tiempo determinado, no teniendo permitido desahuciarlo antes de esa fecha.

2. ¿Qué modalidades de contratos temporales existen?

El artículo 25 del Código de Trabajo contempla dos tipos de contratos de trabajo temporales, a saber: (a) por cierto tiempo, y; (b) para una obra o servicio determinado. En ambos casos estos serán redactados por escrito y deberán hacerse cuatro ejemplares originales, dos de los cuales deben ser remitidos por el empleador al Departamento de Trabajo correspondiente dentro de los tres días de su fecha. Además, deberá indicarse el tiempo de duración o la obra o servicio objeto del contrato.

Según el artículo 33 de dicho texto legislativo, los contratos de trabajo solo pueden celebrarse por cierto tiempo en uno de los siguientes supuestos: (1) si es conforme a la naturaleza del servicio que se va a prestar; (2) si tiene por objeto la sustitución provisional de un trabajador en caso de licencia, vacaciones o cualquier otro impedimento temporal, y; (3) si conviene a los intereses del trabajador.

Pero en estos casos, cuando el trabajador continúa prestando servicios al empleador luego de llegado el término acordado, su contrato se reputa automáticamente como por tiempo indefinido y se considerará que desde el inicio tuvo tal connotación.

Por su parte, en cuando a los contratos para una obra o servicio determinados la ley ha dejado claro que estos solo pueden celebrarse cuando lo exija la naturaleza del trabajo. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que lo que distingue a un contrato de este tipo es su transitoriedad, por consistir en el compromiso de una persona de cumplir un hecho o hacer una cosa a cambio de una compensación determinada¹⁰³.

¹⁰³ SCJ, 17 de marzo, 1947. B. J. 440, p. 151 y SCJ, 31 de octubre de 1950. B. J. 483, p. 1063, citadas por Hernández Contreras, Carlos. Jurisprudencia laboral dominicana durante el siglo XX., Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Santiago, 2008, p. 98, no. 452 y p. 113, no. 561, respectivamente.

Sin embargo, la ley ha querido excluir contratos que en un primer momento parecerían que pueden estructurarse bajo cualquiera de las modalidades de duración determinada, creando una presunción específica de que se considerarán por tiempo indefinido. Estos contratos son los siguientes:

- i. Contratos de trabajadores que laboren sucesivamente con un mismo empleador en más de una obra determinada, esto es, cuando comienzan a laborar en otra obra del mismo empleador iniciada en un período no mayor de dos meses después de concluida la anterior;
- ii. Contratos de trabajadores pertenecientes a cuadrillas que son intercaladas entre varias obras a cargo del mismo empleador, y;
- iii. Contratos estacionales de trabajadores de la industria azucarera. En estos casos, los períodos de prestación del servicio correspondientes a varias zafas o temporadas consecutivas se acumularán para la determinación de los derechos del trabajador.

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

No existe un período de duración máxima de la contratación temporal. De hecho, la misma jurisprudencia ha indicado que el tiempo más o menos largo de labor no puede por sí solo convertir el contrato temporal en uno por tiempo indefinido¹⁰⁴. Tampoco existe una limitante en cuanto al número de contratos temporales que puede suscribir una empresa.

De todas formas, en el caso de los contratos de trabajo que por su naturaleza solo duren una parte del año, se ha establecido que para que den lugar a una terminación sin cargas económicas para la empresa, es necesario que no excedan de un período de cuatro meses. En caso de que el trabajo tenga por objeto intensificar temporalmente la producción o responder a circunstancias accidentales de la empresa, o su necesidad cesa en cierto tiempo, el contrato terminará sin responsabilidad para las partes con la conclusión de ese servicio, solo si esto ocurre antes de los tres (3) meses contados desde el inicio del contrato.

¹⁰⁴ SCJ, 5 de junio de 1957, B. J. 563, p. 1132, citada por Hernández, Carlos, Op. Cit.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

No. Actualmente la República Dominicana cuenta con una ley sobre protección de la persona envejeciente¹⁰⁵, una ley de emprendimiento¹⁰⁶ y una ley de discapacidad¹⁰⁷, pero ninguna de ellas contiene disposiciones especiales de este tipo.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante en la empresa?

No, esta situación no ha sido contemplada por la legislación dominicana.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

Normalmente los trabajadores contratados por cierto tiempo disfrutan de las mismas condiciones laborales que aquellos contratados por tiempo indefinido. Sin embargo, de la legislación se desprenden las siguientes diferencias en cuanto a los derechos que les corresponden a cada uno:

(a) Los trabajadores por tiempo indefinido tendrán derecho a recibir participación de los beneficios en la empresa anualmente, mientras que aquellos con contrataciones por períodos determinados no.

(b) Los trabajadores por tiempo indefinido cuyo contrato de trabajo termina sin culpa alguna de su parte sin poder tener oportunidad de prestar servicios ininterrumpidos durante un año, a causa de la índole de sus labores o por cualquiera otra circunstancia, tienen derecho a un período de vacaciones proporcional al tiempo trabajado. Los trabajadores contratados por cierto tiempo no disfrutarán de tal derecho.

(c) En caso de terminación por despido justificado un trabajador por tiempo indefinido tendrá derecho a recibir unas indemnizaciones tarifadas por auxilio de cesantía y omisión de preaviso; por su parte, los trabajadores por tiempo definido o para una obra o servicio determinado recibirán la mayor suma entre el total de salarios que faltare hasta el

¹⁰⁵ Disponible en https://www.conape.gob.do/transparencia/legal/marco_legal/ley_352-98.pdf

¹⁰⁶ Disponible en http://emprededominicana.com/wp-content/uploads/2016/07/APROBADA_Ley-de-Emprendimiento_R%C3%A9gimen-Especial-para-el-Fomento-Creaci%C3%B3n-y-Formalizaci%C3%B3n-de-Empresa.pdf

¹⁰⁷ Disponible en <http://www.senado.gov.do/masterlex/MLX/docs/1C/2/12/20/207/298F.htm>

vencimiento del término o hasta la conclusión del servicio o la obra convenidos y la suma que habría recibido en caso de desahucio, a menos que las partes hayan fijado por escrito una suma mayor.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

No, cuando ocurre en el término pactado el contrato de trabajo termina sin responsabilidad para las partes, y en consecuencia el empleador no debe pagar compensación económica al trabajador por ello. Esto ha sido reforzado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, según la cual *“el contrato de trabajo estipulado por cierto tiempo en razón de la naturaleza misma del contrato a realizar, se reputará automáticamente terminado, pura y simplemente, sin ulterior responsabilidad para las partes, cuando la necesidad de la labor haya cesado”*¹⁰⁸.

Sin embargo, el mismo legislador estableció dos excepciones a esta regla. La primera de ellas ocurre cuando se trata de contratos que tienen por objeto intensificar temporalmente la producción o responde a circunstancias accidentales de la empresa, o su necesidad cesa en cierto tiempo, que sean terminados luego de un período de tres meses contados desde el inicio del contrato, caso en el cual el empleador deberá pagar al trabajador la indemnización denominada como auxilio de cesantía.

La segunda ocurre en los contratos relativos a trabajos que por su naturaleza solo duren una parte del año y se han extendido por encima de cuatro meses, caso en el cual el trabajador tendrá derecho a recibir la indemnización denominada *“asistencia económica”*.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

Cuando el trabajo tiene por objeto intensificar temporalmente la producción o responde a circunstancias accidentales de la empresa, o su necesidad cesa en cierto tiempo, luego de haber transcurrido más de tres meses de trabajo, el trabajador deberá recibir los mismos montos que le corresponderían en caso de que ocurra una terminación sin causa o por desahucio de un contrato por tiempo indefinido, esto es:

1o. Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, una suma igual a seis días de salario ordinario; 2o. Después de un trabajo continuo no menor de seis

¹⁰⁸ SCJ 20 Jul. 1949, B.J. 468, pág. 601; SCJ 5 Jun. 1953, B. J. 515, Pág. 952

meses ni mayor de un año, una suma igual a trece días de salario ordinario; 3o. Después de un trabajo continuo no menor de un año ni mayor de cinco, una suma igual a veintiún días de salario ordinario, por cada año de servicio prestado, y; 4o. Después de un trabajo continuo no menor de cinco años, una suma igual a veintitrés días de salario ordinario, por cada año de servicio prestado.

Cuando se trate de contratos relativos a trabajos que por su naturaleza solo duren una parte del año y se extiendan por encima de cuatro meses, el trabajador tendrá derecho a una asistencia económica de cinco días de salario ordinario después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis; de diez días de salario ordinario después de un trabajo continuo no menor de seis meses ni mayor de un año, y; de quince días de trabajo ordinario por cada año de servicio prestado después de un año de trabajo continuo. Estos montos son similares a los que el trabajador devengaría si su contrato de trabajo termina por dificultades económicas o de producción de la empresa.

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

Según se desprende del artículo 35 del Código de Trabajo, cuando un contrato de trabajo es celebrado por cierto tiempo o para una obra o servicio determinado fuera de los casos enunciados en la ley o para burlar sus disposiciones, este se considerará hecho por tiempo indefinido.

Las sumas que deberá pagar el empleador a favor del trabajador en caso de terminación y luego de que su contrato se reputa como indefinido podrían ser superiores a aquellas que debe pagar cuando el contrato es por cierto tiempo, dependiendo de las causas de la terminación y el tiempo trabajado.

10. Otras cuestiones relevantes en materia de contratación temporal.

Desde hace unos años se ha estado luchando por una reforma integral de la legislación laboral en la República Dominicana que podría impactar la contratación temporal. Se ha reconocido que la única manera de seguir adelante con dicha reforma sería mediante un pacto tripartito entre el sector empresarial, el sector de los trabajadores y el Gobierno, sin embargo, actualmente las conversaciones al respecto se encuentran detenidas, sin que se vislumbre una fecha específica para que sean retomadas.

Por su parte, las altas Cortes (Suprema Corte de Justicia y Tribunal Constitucional) no ha dictado recientemente ninguna jurisprudencia que implique un cambio de criterio sobre el tema, y las legislaciones que se han promulgado en los últimos años con el objetivo de incentivar la economía han dejado de lado cualquier aspecto relativo a la contratación temporal.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

HERNÁNDEZ CONTRERAS, C. Jurisprudencia laboral dominicana durante el siglo XX. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Santiago, 2009.

HERNÁNDEZ RUEDA, L. Código de Trabajo Anotado I. Instituto de Estudios del Trabajo. Santo Domingo, 2002.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Tercera Sala. Sentencia s/n de fecha 5 de junio de 1957, B. J. 563, p. 1139.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Tercera Sala. Sentencia no. 30 de fecha 30 de abril de 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Tercera Sala. Sentencia no. 17 de fecha 27 de diciembre de 2013.

CONTRATOS TEMPORALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN URUGUAY

Mario Garmendia Arigón

Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho CLAEH, Punta del Este, Uruguay), Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay).

Introducción

El Derecho del Trabajo uruguayo nació en la segunda década del siglo XX (1915) y evolucionó 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 y sistematicidad que en otros ordenamientos les ha otorgado la codificación, la doctrina asumió 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 y, luego, 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 prefieren referirse a 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 al respecto, es fácilmente constatable 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.).

A los trabajadores temporales se les aplican, en general, las mismas normas y beneficios que a los trabajadores permanentes, excepto en lo relativo a la *indemnización por despido*, de la que se encuentran excluidos, debido, precisamente a la naturaleza del contrato de trabajo que los vincula con el empleador.

1. ¿Es posible suscribir un contrato temporal o de duración determinada? ¿Y para atender necesidades permanentes de la empresa?

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 ya 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 zafra 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?

Como se adelantó, en el Derecho positivo uruguayo no existen disposiciones destinadas a regular la contratación temporal. Sin embargo, la aceptación en la práctica de diversas figuras de ese tipo no ha sido discutida y, en general, se hace depender de que existan razones o circunstancias 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.

3. ¿Existe en la regulación legal una duración máxima de la contratación temporal?

No existen plazos máximos para la extensión de los contratos temporales, pero aquéllos podrían, en algunos casos, inferirse, con un criterio de razonabilidad, del análisis los fundamentos objetivos que justificaron la utilización de cada 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.

Tampoco existen normas que determinen porcentajes máximos para la contratación de trabajadores temporales.

4. ¿Existen en el ordenamiento jurídico contratos temporales de fomento de la contratación?

En 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.

5. ¿Existe un derecho preferente de los trabajadores temporales a ocupar un puesto de trabajo vacante 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.

6. ¿El ordenamiento jurídico permite diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores temporales (jornada, salario, horario, etc.) en comparación con los indefinidos?

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.

7. ¿Se reconoce alguna compensación económica al trabajador por la extinción del contrato temporal según los términos pactados?

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.

8. En caso de reconocerse una compensación económica al trabajador, ¿es ésta de cuantía igual o diferente a la reconocida por la extinción de un contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción?

No está prevista una compensación económica por finalización del plazo del contrato.

9. ¿Qué consecuencias se derivan del incumplimiento por parte de la empresa de la regulación en materia de contratación temporal? En concreto, ¿se declara indefinido el contrato? ¿Se reconoce al trabajador una compensación económica superior en caso de extinción del contrato?

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.).

10. Para los estados miembros de la Unión Europea, ¿qué consecuencias puede tener en el ordenamiento jurídico la doctrina instaurada en la STJUE 14.9.2016 que no admite diferencias de trato entre trabajadores temporales e indefinidos en cuanto a la indemnización por extinción del contrato?

No aplica

11. 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 (el art. 53 de la Constitución uruguaya 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.

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*).

La negociación colectiva también cumple un rol bastante 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).

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

BARBAGELATA, H.H., *Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. 2, 2º ed., FCU, Montevideo, 1999

BARBAGELATA, H.H., *Especialidades y modalidades de los contratos de trabajo*, FCU, Montevideo, 1970

PLÁ R., A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª edición, FCU, Montevideo, 2016

RASO D., J., *La contratación atípica del trabajo* 2º Ed. AMF, Montevideo, 2009

Jurisprudencia

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 3º TURNO. Sentencia nº 83/2012, del 28 de febrero de 2012. (En: MOTTA, W., *El Despido en la Industria de la Construcción*.- R.D.L. Nº 107, p. 450-468)

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 1º TURNO. Sentencia nº 52/2009, del 4 de marzo de 2009 (Cf. sent. Nº 45/92 del J.L.T. 7º, Dr. García, "*Anuario de Jurisprudencia Laboral*", Año 1992, c. 338).

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 4º TURNO. Sentencia nº DFA-0511-000044/2015, del 18 de marzo de 2015.

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN CANADA

Eric Tucker,

Professor, Osgoode Hall Law School, York University and Distinguished Scholar in Residence, Cleveland-Marshall College of Law, Cleveland State University

Alec Stromdahl,

3rd Year Law Student, Osgoode Hall Law School, York University

Introduction

Canada is best characterized as a liberal market economy which lightly regulates employment relations and, in particular, the duration of employment contracts¹⁰⁹. As such, many of the kinds of protections that might be found in other countries included in this dossier are not present in Canada. There are, however, a few older statutory provisions that limit the length of fixed-term contracts and impose formalities for their creation because of a concern about the creation of disguised forms of unfree labour. There is also a small body of common law that reflects a preference for contracts of indefinite hiring over fixed term contracts and that provides for damages when fixed-term contracts are prematurely terminated without just cause. These are discussed in more detail below.

Before turning to the law, it is helpful to provide a brief overview of the dimensions of temporary work and fixed term contracts in particular. Statistics Canada collects data on permanent and temporary employment. It defines a permanent job as one which is expected to last as long as the employee wants the job or as long as business conditions permit. A temporary job is defined as one that has a predetermined end date or will end as soon as a project is completed. Temporary work is divided into four categories: seasonal jobs that are expected to last for a season; contract jobs that have a fixed duration but are not seasonal; casual jobs that are on call or in which hours are expected to vary widely; and other. Overall, temporary employment has increased between 1997 and 2016 from 11.3% to 13.3% of all employment. Contract employment has increased more rapidly than other forms of temporary work, comprising about 46% of temporary jobs in 1997 and 52% in 2016.¹¹⁰ One study of temporary employment found that short-term temporary jobs of less than one year are becoming less frequent; in 1997 about 2/3 of

¹⁰⁹ Canada is a federation and, for the most part, labour and employment is regulated at the provincial level. However, in general, labour and employment laws are similar between Canadian jurisdictions. This study uses Ontario, Canada's most populous province, as a case study.

¹¹⁰ Statistics Canada, Cansim Table 282-0080.

temporary jobs were for less than one year, while in 2009 it had dropped to ½.¹¹¹ It is also the case that temporary employment is much more common among younger workers than it is for workers above the age of 25 (30.7% to 10.1%) and more common among women than men (14.0% to 12.6%).

There are significant legal consequences that flow from a contract being temporary rather than permanent. The most important is in regard to the cost of terminating employment. Absent wrong doing justifying immediate dismissal, permanent employees can only be terminated by the provision of notice or pay in lieu of notice and, in some cases, severance. Statutes establish minimum notice and severance entitlements, but common law will frequently imply significantly longer notice periods. The employment of temporary employees ends in accordance with the terms of the contract and there is no need to provide notice or pay in lieu of notice at common law or by statute. However, statutory severance payments may be required if the term of the contract is sufficiently long to qualify, although in practice this would be highly unusual. Overall, temporary employment substantially reduces the cost of shedding employees and thus is extremely attractive to employers who do not wish to make long-term commitments to employees.¹¹²

1. Is it possible to subscribe to a temporary or fixed-term contract? Also can temporary or fixed-term contracts be used to carry out the company's permanent needs or activities?

Canadian employment law is founded on the principle of freedom of contract, but the common law begins from a set of implied terms, which may be altered by agreement, subject to any limitation imposed by statute. The common law starts from the presumption that all contracts of employment are of indefinite duration – that is that the job continues until either the employer or the employee takes action to terminate it. However, freedom of contract permits the parties to vary the duration of the contract, including making it temporary and, statutes do not significantly limit that freedom, subject to a few minor provisions discussed in question 3. The reason for entering into fixed-term employment contracts makes no legal difference and so fixed-term and temporary employment contracts may be used to carry out a company's permanent activities.

That said, the common law does require that in order to create a fixed-term or temporary contract, the parties have to clearly intend to do so and that any ambiguities will be

¹¹¹ Diane Galarneau, "Temporary Employment in the Downturn" (Nov. 2010) Perspectives in Labour and Employment 5.

¹¹² Shutao Cao, Enchuan Shao and Pedro Silos, "Fixed-Term and Permanent Employment Contracts: Theory and Evidence" Bank of Canada, Working Paper 2011-21.

resolved against the employer's interest, which will result in the contract being found to be one of indefinite duration. Courts are particularly vigilant where an employee works for the same employer for a number of years under a series of fixed-term contracts. In these circumstances, the courts will look to the underlying reality of the relationship rather than the legal form of the contract and may find that the employee is permanent rather than temporary:

*“It seems to me that a court should be particularly vigilant when an employee works for several years under a series of allegedly fixed-term contracts. Employers should not be able to evade the traditional protections of the ESA and the common law by resorting to the label of 'fixed-term contract' when the underlying reality of the employment relationship is something quite different, namely, continuous service by the employee for many years coupled with verbal representations and conduct on the part of the employer that clearly signal an indefinite-term relationship.”*¹¹³

2. Which fixed-term contracts exist?

As mentioned in the introduction, Statistics Canada has divided temporary employment into four categories, seasonal, contractual, casual and other. Leaving aside the catchall “other” each of these types of temporary employment are permitted by Canadian law and they all share the common feature that they terminate without notice according to the terms of the contract, whether it be a set date, the completion of a project or, in the case of casual employment, the employer simply ceases to provide work.

In some instances, there are special legal rules governing particular forms of temporary employment. In general, these do not restrict the freedom of the parties to create these relations, but rather establish protective laws when they are created. For example, the employment of temporary foreign workers is limited by immigration law and regulated by an array of rules that vary according to the particular temporary foreign worker program through which the employee has been hired, as well as by provincial laws protecting such workers from certain forms of exploitation.¹¹⁴ Temporary help agency (THA) employees are regulated by special rules regarding who is the employer (agency or client), prohibiting exploitative practices, such as charging fees, and other matters.¹¹⁵

¹¹³ Ceccol v. Ontario Gymnastic Federation, [2001] O.J. No. 3488, para. 26. But, see Pennock v. United Farmers of Alberta Co-Operative Limited, 2008 ABCA 278.

¹¹⁴ Employment Protection for Foreign Nationals Act, S.O. 2009, c. 32.

¹¹⁵ Employment Standards Act 2000, S.O. 2000, c. 41, Part XVIII.1.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

Under Canadian law the length of fixed-term contracts is largely a matter left to the parties negotiate under the principle of freedom of contract. Practically however, this process typically results in employees, especially low-wage workers, simply accepting the length of fixed-term contracts, dictated by employers, at the start of the employment relationship.

However, the *Employers and Employees Act*, formally the *1847 Masters and Servant Act*, prohibits “*voluntary contracts of service of indenture*” for longer than a term of 9 years.¹¹⁶ While the *Employers and Employees Act* is rarely litigated today it is still in force.

Accordingly, fixed-term contracts longer than 9 years will be rendered unenforceable by the legislation. While the legislative intent of this provision, in the original *1847 Masters and Servant Act*, was to protect employees from disguised forms of unfree labour it has been used, under the current common law regime, to strike down employee claims for the pay remaining on fixed-term contracts.¹¹⁷ (Please see question 8 for more detail.)

There is no statutory or regulatory limit on the number of fixed-term contracts to which an employer can be a party, but there is some regulation of the form that these contracts must take. The English *Statute of Frauds 1677* has been adopted into many Canadian jurisdictions. The *Statute of Frauds* holds that no action shall be brought on an agreement of more than one year unless it is in writing and signed by the party against whom it is being enforced.¹¹⁸ Canadian courts have interpreted this provision to apply to fixed-term contracts of employment. Accordingly, oral fixed-term contracts of employment that are longer than one year are unenforceable by either party. However, a number of Canadian provinces have either repealed or amended the statute to eliminate the requirement of writing for contracts of employment with a fixed term greater than one year.

¹¹⁶ Employers and Employees Act, R.S.O. 1990, c. E.12, s. 2.

¹¹⁷ Interestingly, when a worker attempted to use the statutory 9 year limitation to argue that a termination clause in an indefinite contract of employment is unenforceable the court decided that that the provision does not apply to indefinite contracts of employment. *Hine v Susan Shoe Industries Ltd* (1988), [1989] O.J. No. 2202 (Ont. HHC).

¹¹⁸ Statute of Frauds, 1677 (29 Cha. 2), c. 3, s. 4.

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

The law does not restrict the freedom of the parties from entering into fixed-term contracts of employment, even though this may have the effect of reducing the number of permanent jobs in the labour market. However, in unionized work places, the union may bargain to limit the number of temporary workers in order to foster permanent employment. That said, it must be noted that collective bargaining coverage in Canada is low, particularly in the private sector, and there is no evidence on the extent to which collective bargaining agreements contain provisions limiting the hiring of temporary employees.

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

Canadian labour and employment law makes no provision giving temporary workers a preferential right to be hired into a permanent job if one becomes available. However, in unionized workplaces, the union may bargain for such a provision but, for the reasons stated above, it is unlikely that many temporary employees enjoy such a preference.

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

Canadian labour and employment law does not require equality of treatment for temporary and permanent workers. Therefore, employers may offer lower wages or less favourable conditions to temporary workers than they do to permanent employees. Alternatively, in some cases temporary workers may receive higher wages. Whether or not there is inequality of treatment depends on conditions in the labour market or the characteristics of the firm.

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

Please see answer to question 8.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

Under Canadian law employees are not owed any notice or pay in lieu of notice when a fixed-term employment contract expires as stipulated by the contract. A term of reasonable notice is not implied into fixed-term contracts of employment on account that a clear date of expiry acts as a substitute for notice of termination.

Likewise, an employee, working under a fixed-term contract, who is fired for just cause is not owed any compensation under common law or statute on account that egregious employee misconduct gives rise to a breakdown of the employment relationship.

However, when an employee is terminated, without just cause, prior to the expiry of a fixed-term contract, they can claim compensation for the pay remaining under contract. In the absence of an enforceable termination clause, employees working under fixed-term contracts can sue for the contractual sum of the unperformed work that was contracted for.

While employers retain the right to end the contractual relationship prematurely employees are owed the pay they *would have* received if they had worked to the expiry date of the contract.¹¹⁹ Terminating fixed-term contracts on account of business efficacy or organizational restructuring is not a defence against this sort of claim. The contractual sum owed to terminated employees, working under fixed-term contracts, can be greater than the reasonable notice owed under indefinite contracts of employment. This is especially true for newly employed workers who are terminated half through their first fixed-term contract. However, courts have held that the duty to mitigate damages applies both for fixed-term and indefinite contracts of employment.¹²⁰

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

As noted, the only regulations regarding fixed-term contracts limit their duration and impose formalities for the creation of long-term fixed-term contracts. A fixed-term contract that is longer than nine years and thus in violation of the *Employers and Employers Act* will be treated as a contract of indefinite duration. Similarly, an oral

¹¹⁹ *Lovely v Prestige Travel Ltd*, 2013 ABQB 467.

¹²⁰ *Spark v. Generec Pharmaceuticals Inc.* (2003), 169 OAC 182.

contract for a fixed term of employment that violates the *Statute of Frauds* will also be treated as an indefinite contract of employment. The consequence of this characterization of the employment contract is that notice or pay in lieu of notice will be required to terminate the employment.¹²¹

10. Not applicable.

¹²¹ Horton v. Rio Algom Ltd., [1995] O.J. No. 743; Lavallee v. Siksika Nation, 2011 ABQB 49.

FIXED-TERM CONTRACTS AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN U.S.A.

Prof. Thomas C. Kohler
Concurrent Professor of Law and Philosophy
Boston College Law School
Newton Centre, Massachusetts, U.S.A.

1. Is it possible to subscribe a temporary or fixed-term contract? Also to carry out the company's permanent needs or activities?

In the United States, contractual freedom governs employment agreements. Parties are free to contract on any basis that does not offend a positive enactment of law, such as statutes prohibiting discrimination in employment. In the United States, unless otherwise agreed, employment will be considered to be on an at-will basis. The parties are free to contract for a fixed-term agreement, should they so wish. Unlike other legal systems, a “*temporary*” employee or contract represents no formal legal category.

2. Which fixed-term contract exist?

Fixed term agreements can be arranged at the parties will, and according to terms they find agreeable, so long as none of the terms violate a positive enactment of law, common law doctrine, or public policy—these restrictions would be the same, of course, for any contract.

3. Does the legal regulation establish a maximum duration for hiring fixed-term workers?

No

4. Does the legal system regulate fixed-term contracts aimed at fostering employment and job creation?

No

5. Does the legal regulation recognize fixed-term workers a preferential right to occupy a vacant job position in the firm?

No

6. Does the legal regulation allow differences in working conditions of fixed-term workers (worktime, wage, schedule, etc.) in comparison with indefinite workers?

Yes; the only restrictions would be distinguishing terms and conditions of employment on a discriminatory basis, e.g., on the basis of race, color, religion, sex, national origin

7. Are workers entitled an economic compensation for the extinction of the fixed-term contract according to the agreed terms?

No, at the termination of the contract, the relationship ends.

8. What is the amount of the economic compensation recognized in favor of workers for the valid termination of the fixed-term contract? Is it of an equivalent or different amount than the one recognized in cases of extinction of the contract due to business-related reasons?

Not applicable

9. What are the consequences derived from breach of the regulation regarding fixed-term contracts? In particular, is the contract declared indefinite? Are workers recognized a higher economic compensation in case of extinction of the contract?

Not applicable.