

## COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ALEMANIA

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

### Introducción

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

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

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

Según Eurostat<sup>1</sup>, el porcentaje de trabajadores temporales en Alemania en relación con la totalidad de la población laboral ha ido aumentando ligeramente desde 2001 de un 12,4% a un 14,7% en 2008 y se ha estabilizado por estos valores hasta el año 2011. En 2012 podíamos observar una ligera baja a un 13,9%. Con estos valores no se está hablando, de forma generalizada, de una precariedad en las relaciones laborales.

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

---

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

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

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

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

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

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

---

<sup>2</sup> Fuente: *Statistisches Bundesamt (Destatis)*

[https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension4/4\\_2\\_BefristetBeschaeftigte.html](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension4/4_2_BefristetBeschaeftigte.html)

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

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

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

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

### *2.1 Definición*

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

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

### *2.2 Exigencias formales*

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

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

---

<sup>3</sup> § 1 TzBfG.

### 2.3 Tipos de contratos temporales un modelo bipolar

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

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

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

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

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

Las causas establecidas por ley son las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

- c) Contrato de interinidad o sustitución

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

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

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

d) Por naturaleza de la prestación de servicios

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

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

e) Periodo de prueba

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

Esta modalidad permite a los contratantes desistir durante dicho periodo del contrato con tan sólo dos semanas de preaviso, conforme al § 622.3 BGB, ya que a los contratos temporales inferiores a seis meses no le es de aplicación la KSchG<sup>4</sup>.

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

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

---

<sup>4</sup> Ley de protección del Despido.

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

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

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

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

- h) Temporalidad alcanzada en la conciliación judicial

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

### 2.3.2. Contratos temporales sin causa específica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 2.3.3. Encadenamiento de contratos temporales

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>5</sup> Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 10. Auflage 2010, Rn 1-2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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