

I. Estudios

La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021*

The reform of fixed-term contracts (art. 15 TRLET). An approach to regulation of the RD-L 32/2021

ALBERTO PASTOR MARTÍNEZ**

<https://doi.org/10.55617/revmites.01>

Resumen:

Artículo que analiza los importantes cambios introducidos en materia de contratación temporal estructural por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. De esta forma, se analiza el marco jurídico de los nuevos contratos por circunstancias de la producción y el contrato de sustitución, por sus importantes efectos, la derogación del contrato de obra y servicio determinado y las nuevas reglas introducidas para garantizar la eficacia y efectividad de ese entramado normativo (el reforzamiento de la causalidad temporal y sus mecanismos de efectividad contractuales, así como el nuevo régimen sancionador y de penalización de la contratación de muy breve duración).

Palabras clave: Contrato temporal; contrato de duración determinada; reforma laboral; sanciones; RD-L 32/2021.

Abstract:

Article that analyzes the important changes introduced in the field of structural temporary contracts by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28th, on urgent measures for labor reform, guaranteeing employment stability and the transformation of the labor market. In this way, the legal framework of the new production circumstance contracts and the substitution contract are analyzed, also for their important effects, the repeal of the contract for specific work and services and the new rules introduced to guarantee the efficiency and effectiveness of this regulatory framework (the reinforcement of temporary causality and its contractual effectiveness mechanisms, as well as the new sanctioning and penalizing regime for very short term contracts).

Keywords: Temporary contract; fixed-term contract; labor reform; penalties; RD-L 32/2021.

* Fecha de recepción del artículo, 14 de febrero de 2022.

** Profesor agregado de la Universitat Autònoma de Barcelona. albert.pastor@uab.cat

1. REALIDAD Y EFECTIVIDAD COMO ELEMENTOS JUSTIFICADORES DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

El pasado 3 de febrero, el Congreso de los Diputados, en una jornada que cabe calificar, siendo benévolo, de poco edificante, convalidaba el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en lo sucesivo, simplemente RD-L 32/2021)¹. Se ponía fin, de esta forma, a un complejo y largo proceso de elaboración normativa en el que se recogía el contenido del acuerdo alcanzado, sólo unos días antes, por Gobierno y agentes sociales. La importancia de que la norma sea el resultado de un proceso de diálogo social que, además se produce en un contexto complicado, ha sido puesta de relieve por la mayor parte de la doctrina².

La norma incide en varias materias que forman parte del núcleo duro de nuestro marco de relaciones laborales (contratación, negociación colectiva, expedientes de regu-

lación temporal, subcontratación), comprometidas con la Unión Europea en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, aunque no aborde otras, no debe olvidarse que se inserta en un proceso de cambios normativos, el que el RD-L 32/2021 es un eslabón muy cualificado pero no único³.

Centrándonos en lo que a la reforma de la contratación temporal se refiere. Creemos que no cabe considerar que estemos ante una reforma más, el propio Preámbulo advierte y reconoce que se ha producido en España «un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad», en este caso, la reforma se sitúa, en unas coordenadas que la diferencian de las precedentes. Así y aunque también incide en la causalidad, va mucho más allá, tanto en su intensidad como en su metodología. Que la reforma del RD-L 32/2021 actúa de forma decidida sobre la causalidad lo evidencia, a nuestro juicio, la derogación del contrato de obra o servicio determinado o la nueva regulación de la cobertura contractual del trabajo desarrollado en el marco de las contrataciones y concesiones administrativas. Muy destacable, resulta la metodología empleada. La reforma desarrolla un abordaje integral de la contratación y una preocupación evidente por garantizar su efectividad real. De esta forma, la lucha contra la temporalidad se desenvuelve a través de una actuación plural desde diversos frentes⁴, actuando articuladamente sobre la contratación

¹ Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE de 8 de febrero de 2022).

² Sirvan como ejemplos, por citar únicamente dos, el contenido del brief elaborado por el profesor SALA FRANCO, T. (2022) o la entrada que con el título de "La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez" redactan los profesores MERCADER UGUINA y DE LA PUEBLA PINILLA en el blog Foro de Labos y en la que se puede leer que *"La misma ha sido fruto de un largo y complejo proceso de negociación en la que los interlocutores sociales han tenido el enorme mérito de conseguir consensos sobre materias sensibles y alcanzar un acuerdo en un terreno tan complejo y sinuoso, cualquiera que sea el momento en el que se produzca, como lo es el laboral. Que Gobierno y, en particular, los responsables del Ministerio de Trabajo, UGT, CC.OO, CEOE y CEPYME hayan conseguido ese punto de equilibrio, en un contexto tan difícil como el actual, es un mérito incontestable que no solo ayuda a nuestro debilitado mercado de trabajo sino que fortalece nuestro entero sistema democrático"*.

³ En este sentido el profesor BAYLOS GRAU indica que *"Por lo demás, quedan dos años de legislatura y el proceso de cambios legislativos no se va a detener en los contenidos plasmados en la norma por convalidar. Con arreglo a un correcto enfoque, hay una trayectoria continuada desde hace dos años que pretende avanzar en adelante hacia nuevas medidas que modifican la legislación anterior o que crean nuevos derechos ante nuevas situaciones"*, *"No hay razones suficientemente válidas para no convalidar la reforma laboral"*, entrada de viernes, 28 de enero de 2022.

⁴ La actuación desde diversos frentes también es puesta de manifiesto por DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022), p. 1.

temporal y el contrato indefinido⁵, al tiempo que proporciona a las empresas mecanismos internos para ajustarse ante situaciones de crisis, cambios cíclicos de la demanda o transformaciones del modelo productivo alternativos a la alta temporalidad y a las fuertes fluctuaciones del empleo.

La dualidad que padece nuestro mercado de trabajo no es una situación natural que responda a una necesidad fisiológica, el contraste de nuestras cifras con las europeas así lo evidencia, sino a la utilización excesiva/fraudulenta de la contratación temporal por parte de las empresas y administraciones públicas. Se ha señalado que la continuidad de nuestras desoladoras cifras implica un fracaso de las intervenciones normativas. A nuestro juicio, sin embargo, más que el resultado de una acción normativa lo son de la abstención normativa. Un *laissez faire* normativo que suponía la asunción de los presupuestos normativos (de)generadores de la lacerante bolsa de temporalidad que padecemos, cuando no de su incremento⁶. El legislador no había profundizado en la mejora del entramado normativo cuando, por la forma en que los operadores jurídicos habían asimilado las normas existentes, era evidente, a la luz de las exigencias comunitarias, la necesidad de hacerlo. Era tiempo para que se adoptasen medidas “lo

bastante efectivas y disuasorias”, por utilizar terminología del TJUE, para evitar el abuso de la contratación temporal. Parece que los agentes sociales, el Gobierno y, finalmente el legislador, han decidido actuar⁷.

2. ENTRADA EN VIGOR Y TRANSITORIEDAD DE LA REFORMA EN MATERIA CONTRACTUAL

La magnitud de los cambios introducidos en nuestro sistema de contratación hacía recomendable, en aras a la realización del principio de seguridad jurídica, que el legislador, como efectivamente ha hecho, introdujese un sistema de vigencia diferida y estableciese normas que resolviesen los problemas de derecho transitorio que podían plantearse con respecto a aquellos contratos que se hubiesen suscrito con anterioridad al cambio normativo o durante su *vacatio legis*.

La regulación de ambas cuestiones, por lo que se refiere a la contratación temporal, la encontramos en la Disposición final octava y en las Disposiciones transitorias tercera a sexta (la primera y segunda se refieren a los formativos). Así de conformidad con la Disposición final octava, si bien la entrada en vigor general del RD-L 32/2021 se produjo con carácter general al día siguiente al de su publicación en el BOE, esto es, el 31 de diciembre, las modificaciones que se incorporan en el art. 15 entrarán en vi-

⁵ En este mismo sentido BAYLOS GRAU en la entrada a su blog del mismo 30 de diciembre de 2021, indica que “*El segundo gran bloque es el relativo a la modificación de la contratación temporal, en una actuación combinada de remodelación profunda de los arts. 15 y 16 ET*” <https://baylos.blogspot.com/2021/12/el-real-decreto-ley-322021-de-28-de.html>.

⁶ Al respecto es ilustrativo lo que ocurrió con el Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, y la subsiguiente Ley 3/2012 de 6 de julio, en las que lejos de adoptar alguna norma que afrontase directamente la cuestión de la limitación de la temporalidad, suspendió temporalmente la aplicación de la limitación al encadenamiento de contratos, y la actuación contra la dualidad, lejos de desarrollarse a través de la mejora de las condiciones de los “outsiders” o desfavorecidos, se desarrolló a través de la reducción de las garantías que rodeaban a los *insiders*, de la reintroducción de algunas formas de empleo temporal descausalizadas para determinados colectivos específicos o a través de fórmulas *sui generis* de contratación indefinida como el derogado contrato de apoyo a los emprendedores, formalmente indefinido pero con un periodo de prueba de un año.

⁷ Debe aclararse que limitaciones de espacio, así como la necesidad de centrarnos en las materias que han “sufrido” un mayor impacto por parte del RD-L 32/2021 determinan que el trabajo sólo se refiera instrumentalmente a las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública y del sector público cuando ha sido necesario para abordar el tratamiento de alguna específica cuestión sin poder entrar en su compleja interacción con la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Asimismo, el trabajo descarta el tratamiento de aquellas cuestiones que o bien no han sido modificadas o lo han hecho con cambios de menor intensidad (por ejemplo, la proyección del principio de igualdad y no discriminación a la que se refiere el apartado 6º o los deberes de información a las personas contratadas temporalmente previstos en el apartado 7º y 9º del art. 15 del TRLET).

gor a los tres meses de aquella publicación: el 31 de marzo. Sólo a partir de esa fecha estará vigente el nuevo sistema contractual, comprensivo de la contratación temporal estructural, la formativa y el nuevo contrato fijo discontinuo y podrán y deberán ser empleadas las nuevas modalidades de contratación temporal.

Hasta entonces, de conformidad con la Disposición transitoria cuarta, durante el periodo que media entre la entrada en vigor del RD-L 32/2021 (31-12-2021) y el fin de la *vacatio legis* (30-03-2022) las empresas y personas trabajadoras que deseen suscribir un contrato de obra o servicio determinado o un eventual por circunstancias de la producción deberán utilizar las modalidades de contratación previas a la entrada en vigor del RD-L 32/2021 siéndoles de aplicación el régimen jurídico previo, tanto legal como convencional, con una única salvedad referida a su duración: ésta no podrá ser superior a 6 meses con independencia de que la duración de la obra o servicio que le sirva de soporte causal sea superior. Una regulación en la que, a nuestro juicio, el legislador articula, de modo equilibrado, la complejidad de implementar un nuevo esquema contractual con la necesidad de seguir efectuando contratos temporales sin que, por otra parte, la suscripción de éstos demore en exceso la aplicabilidad de las nuevas reglas. Una necesidad que, el legislador, no parece contemplar como necesaria en el caso del contrato de interinidad que aparece omitido en esta Disposición transitoria 4ª y al que por ello habría que entender que se le aplica el régimen legal aún vigente en ese periodo (el previo al RD-L 32/2021) sin el límite temporal máximo de 6 meses prescrito en la Disposición transitoria 4ª.

La determinación del plazo de seis meses ha planteado, con acierto, la cuestión de qué ha de ocurrir cuando se supere⁸. Una primera hipótesis consideraría que se está ante un supuesto de válida extinción del contrato temporal que debiera ser indemnizado de conformidad con lo establecido en el art. 49.1.c)

del TRLET (la parte proporcional de la cuantía resultante de abonar doce días de salario por cada año de servicio). Otra hipótesis consideraría que, en caso de que al llegar dicho término subsistiese la causa que justificó la celebración del contrato temporal, el contrato debiera convertirse en indefinido, calificándose su extinción como un despido improcedente indemnizable a razón de 33 días por año de servicio. Coincidimos en que esta segunda opción interpretativa es aquella que mejor se ajusta a la naturaleza del contrato de obra como un contrato sometido a condición resolutoria. El establecimiento de una duración específica y de menor duración que la prevista en el régimen precedente no supone que dicha contratación escape de la solución arbitrada normativamente para las hipótesis de superación de la duración máxima prevista legal o convencionalmente, máxime cuando la propia Disposición transitoria 3 se remite a aquella⁹.

Adicionalmente, ha de notarse que no estamos ante un supuesto en el que el legislador articule una solución con grado de retroactividad alguno por cuanto la regulación de la Disposición transitoria cuarta se articula para contratos celebrados *ex novo* en el periodo que media entre el 31-12-2021 y el 30-04-2022.

Más atemperado, por lo que se refiere a su mantenimiento temporal, ha sido aún el legislador con las situaciones contractuales previas. El régimen transitorio previsto en la Disposición transitoria tercera respecto a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, en el que se entienden incluidos el contrato de obra o servicio determinado regulado en el antiguo art. 15.1.a), los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio

⁹ Art. 8.2 del Real Decreto 2720/1998 «Expirada dicha duración máxima o la de la prórroga expresa del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación».

⁸ De nuevo el completo comentario de DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022), p.3.

Estatual de la Construcción, los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y los contratos de interinidad basados en lo previsto en el artículo 15.1.b) y c) de la versión previa del TRLET continuarán «resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en los citados preceptos». El legislador por lo que se refiere a la justificación causal y la duración, aspectos regulados «en los citados preceptos», ha establecido un régimen transitorio tremendamente respetuoso con las situaciones generadas en el marco normativo anterior. Se trata, en cualquier caso, de una opción legislativa que no viene impuesta constitucionalmente por cuanto se ha admitido la licitud constitucional de regímenes de retroactividad mínima, esto es de aplicación inmediata de la norma con relación a los efectos futuros¹⁰. No ha sido esta la opción seguida por el legislador, en lo que se refiere a la duración de dichos contratos, en los que, protegiendo las expectativas y marcos jurídicos contractuales creados, los ampara sin limitación temporal alguna con una única salvedad. Una excepción, contenida en el segundo párrafo de la Disposición transitoria 3ª.1, que se refiere a los contratos por obra o servicio determinados celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, que vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa

de aplicación con un amplio límite máximo de tres años contados a partir de 31-12-2021. Una regla que debería, a nuestro juicio, haberse incorporado a todo tipo de contrato de obra o servicio por cuanto no cabe obviar que la limitación temporal de 3 años del contrato de obra no se aplica a aquellos contratos que se hubiesen suscrito con anterioridad a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹¹.

Ha de notarse que la Disposición transitoria 3ª efectúa una remisión a la anterior legislación en lo que se refiere a la duración y causalidad del contrato, no en lo que se refiere al resto del régimen jurídico previsto en la actual redacción del art. 15 del TRLET. Ciertamente, el contenido material de ambas versiones es muy similar y no se producirán diferencias significativas entre el régimen jurídico previo y el actual. Ello, no obstante, tiene dos importantes salvedades en lo que se refiere al régimen aplicable en los supuestos de incumplimiento de las prescripciones establecidas en este artículo (art. 15.4 TRLET) y a la concatenación de contratos (art. 15.5 TRLET)¹². Unas normas que, de esta forma, cabría entender aplicables a partir del 30 de marzo de 2021 no sólo a los contratos celebrados con posterioridad a esa fecha (Disposición final 8ª.2.b), sino también a los previos al 30 de diciembre de 2021 (Disposición transitoria 3ª) pero no, sin embargo, a los concluidos entre ambas fechas por aplicación de la Disposición transitoria 4ª. Una aplicación no simétrica del régimen transitorio que, calificada de sorprendente, tal vez encuentre su única explicación lógica en el carácter temporalmente acotado a 6 meses que tiene la aplicación del

¹⁰ El Tribunal Constitucional en aras a garantizar que el legislador pueda desarrollar plenamente sus competencias normativas, evitando *"una inadmisibile petrificación del ordenamiento jurídico"* (STC 108/1986 de 29 de julio) ha considerado que la retroactividad vedada por el precepto es la retroactividad de grado máximo y medio, esto es, *"la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores"* considerando que *"sólo puede afirmarse que la norma es retroactiva, a efectos del art. 9.3 C. E., cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad"*, STC 42/1986, de 10 de abril ; STC 386/1993, de 23 de diciembre o STC 83/2005 de 7 de abril.

¹¹ Por último, debe anotarse que el apartado 3 de la Disposición transitoria tercera establece, seguramente, de forma un tanto innecesaria, respecto a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021, que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extingan sus contratos por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por su denuncia.

¹² El análisis de estos dos elementos normativos se desarrolla en los dos siguientes apartados.

antiguo régimen contractual a los contratos celebrados en el interin temporal de 31-12-2021 a 30-03-2022 frente a la ilimitada de los contratos previos (a salvo del límite de la propia duración del contrato).

3. EL REFORZAMIENTO DE LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

Ya hemos tenido ocasión de señalar que en el RD-L 32/2021 una de las lógicas subyacentes es la búsqueda deliberada de la efectividad de la norma. En un plano político, la necesidad de cumplir con los reiterados requerimientos formulados por el TJUE y los compromisos adquiridos con la UE, vinculados al Plan de Recuperación y Resiliencia de España y al percibo de importantes ayudas económicas de los fondos *Next Generation UE*, coadyuvaban para que agentes sociales y los partidos del Gobierno se alineasen en la lógica de lograr una limitación efectiva de la temporalidad que ya subyacía en el programa de Gobierno¹³ y, como no, de los sindicatos.

La búsqueda de esa aplicación efectiva de la normativa que limita el uso de la contratación temporal se realiza como decíamos a través de diversos instrumentos. Dejando al margen ahora los vinculados al fomento de la contratación indefinida discontinua o al impulso de los mecanismos de flexibilidad interna, objeto de atención en otros artículos de este mismo número, nos centraremos en aquellos que pre-

sentan como nexo común la búsqueda del reforzamiento de la imperatividad de la normativa en materia de contratación temporal y en la que convergen diferentes medidas: a) el reforzamiento de la causalidad y de su formalidad; b) el establecimiento de una presunción iure et de iure del carácter indefinido de los contratos temporales celebrados incumpliendo lo establecido en el nuevo art. 15 TRLET; c) el acortamiento de los plazos en orden a la apreciación del encadenamiento de contratos y el establecimiento de una nueva regla de encadenamiento objetivo; d) el endurecimiento del régimen sancionador de la contratación temporal irregular y e) el reforzamiento de la penalización de la contratación temporal de corta duración.

3.1. El reforzamiento de la causalidad temporal, de su formalidad y la presunción iure et de iure del carácter indefinido de los contratos temporales celebrados incumpliendo lo establecido en el nuevo art. 15 TRLET

Nominalmente, el sistema español de contratación laboral se ha regido sobre la preferencia de la contratación indefinida, sistema ordinario de contratación, sobre la contratación temporal que, de esta forma, sólo podía celebrarse cuando concurría alguna de las causas habilitadas expresa y específicamente por el legislador¹⁴. Unas causas que se configuraban como normas de derecho necesario absoluto en lo que se refiere a la posibilidad de que la negociación colectiva o a la autonomía individual pudiesen crear fórmulas complementarias o alternativas. El RD-L refuerza esta situación cuando, ahora expresamente, indica que el contrato de trabajo «se presume concertado por tiempo indefinido» y que

¹³ El acuerdo de gobierno PSOE-Unidas Podemos, "Coalicción Progresista. Un nuevo acuerdo para España" de 30 de diciembre de 2019 se acordó impulsar el diálogo social para, entre otros asuntos, "1.5.3.- Simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo. Reforzaremos el principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento de forma que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo, promoviendo las reformas legislativas necesarias para ello. 1.5.4.- Explorar las opciones posibles para reducir la dualidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales".

¹⁴ "para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta, en absoluto, con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone" (STS 22-6-1990, ID CENDOJ 28079140011990101458).

el contrato de trabajo de duración determinada «solo» podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora» (15.1 TRLET) para luego determinar y precisar que se entenderá por circunstancias de la producción «a efectos de lo previsto en este artículo» (art. 15.2 TRLET) y cuando podrán celebrarse contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo (art.15.3 TRLET)¹⁵.

Sin perjuicio, de lo que se dirá posteriormente con relación a la causalidad prevista para cada uno de aquellos contratos, debe resaltarse que el legislador incorpora un tercer párrafo al art. 15.1 del TRLET en el que se establece que «Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista».

Cabría entender, en una primera aproximación, que nos encontramos ante una previsión de carácter meramente formal que prescribe determinados contenidos en el contrato, de un modo análogo a lo que acontecía en el art. 6.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, por el que se establecía que «Cuando los contratos de duración determinada se formalicen por escrito, se deberá hacer constar en los mismos, entre otros extremos, la especificación de la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato o la identificación de la circunstancia que determina su duración, así como el trabajo a desarrollar». No creemos, sin embargo, que deba ser este el en-

tendimiento de dicho precepto. No estamos ante una mera previsión de orden formal sino ante una auténtica exigencia causal que implica un reforzamiento de la causalidad¹⁶.

Al respecto ha de notarse que el precepto no se limita a prescribir que figuren, «con precisión», tres contenidos en el contrato: 1) causa habilitante de la contratación temporal, 2) circunstancias concretas que la justifican y 3) la más novedosa, conexión entre aquellas circunstancias con la duración prevista. Sino que precisa, que ello, será necesario «para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad». Una valencia imperativa reforzada con su interpretación sistemática con lo dispuesto en el nuevo art. 15.4 TRLET respecto a los efectos de la contratación efectuada incumpliendo lo establecido en este artículo.

Con relación a dicho precepto, debe destacarse que en la nueva redacción del art. 15 desaparece la presunción en favor del carácter indefinido de los contratos celebrados en fraude de ley que se contenía en el antiguo art. 15.3 del TRLET y que ésta se substituye por un nuevo párrafo en el art. 15.4 del TRLET en el que se establece que «Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas», sin exigencia de fraude de ley sino, un más amplio, incumplimiento que determinaría la automática conversión del contrato en fijo. Acreditado el incumplimiento, parece que ello supondría la automática conversión del contrato temporal irregular en un contrato fijo¹⁷. Al igual que acontece, en el segundo

¹⁶ También hablan de reforzamiento de la causalidad DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022), p. 1 y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2022), p.1.

¹⁷ En este sentido, claramente se manifiesta, en sentido compartido, DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022)p.3, cuando afirma que "Con la nueva redacción no queda ya margen para la distinción entre presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* de modo que cualquier incumplimiento, ya sea relativo a la falta de alta en la Seguridad Social, a la superación de los límites temporales previstos para cada contrato temporal o a la inexistencia de causa de temporalidad determina la automática conversión del contrato en indefinido, adquiriendo la persona trabajadora la condición de fija".

¹⁵ Una redacción que nos parece más tajante que la precedente que situaba contratación indefinida y temporal en un pie de igualdad cuando afirmaba que «1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada» y sólo después limitaba la contratación de duración determinada a los supuestos prescritos en aquel mismo precepto (art. 15.1 TRLET).

párrafo, para las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, al no admitirse ya, a diferencia de la anterior regulación (antiguo art. 15.2 TRLET), la prueba de la naturaleza temporal de las actividades o servicios contratados.

En cuanto al alcance objetivo del incumplimiento determinante de esa conversión cabe destacar, en primer lugar, que no debería aplicarse a las cuestiones vinculadas con la forma. Al respecto, conviene destacar que la no modificación del art. 8.2 TRLET, además de plantear la cuestión de si los nuevos contratos del art. 15 TRLET deben formalizarse, en todo caso, por escrito en tanto que exigencia implícita en la necesidad de especificar «con precisión» determinados contenidos –que sólo podrá hacerse por escrito– o bien sólo los que, conforme el art. 8.2 TRLET, superen las 4 semanas de duración¹⁸, mantiene la presunción *iuris tantum*, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios, para los contratos que no observen la exigencia de forma escrita. Debiendo de aplicarse esta consecuencia, en tanto norma especial no modificada, frente a la conversión automática del 15.4 TRLET.

Pero al margen de esos incumplimientos relativos a la forma escrita cabe plantearse si cualquier otro incumplimiento de «lo establecido en este artículo», así reza el art. 15.4 TRLET, determinaría aquel importante efecto. Una interpretación en sentido afirmativo supondría, por ejemplo, ese mismo efecto “conversivo” cuando el empresario incumpliese el mandato de igualdad contenido en el art. 15.6 del TRLET, o las obligaciones de información a la persona trabajadora o a sus representantes

previstas en el art. 15.7 o las obligaciones que por mandato del art. 15.8 del TRLET pueden establecerse en convenio.

Aún siendo una cuestión que puede ser discutible, creemos que debe reconducirse la presunción a sus justos términos para darle operatividad con relación a los incumplimientos vinculados a los requisitos causales y temporales no a otros posibles incumplimientos. Exigencias de proporcionalidad y una interpretación literal y sistemática con lo referido a los incumplimientos formales del art. 8.2 del TRLET determinan que nos inclinemos por una interpretación limitativa del alcance de una conversión que, no cabe olvidar, ahora es automática.

De esta forma, creemos que el ámbito objetivo en el que juega el art. 15.4 TRLET es el referido al incumplimiento de obligaciones vinculadas directamente a la celebración del contrato, no aquellas otras accesorias o que se derivan de su celebración. Al respecto ha de notarse que el precepto se refiere a “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo”. Sería por lo tanto el incumplimiento de reglas referidas a la propia contratación el que determinaría la adquisición de la condición de fija. Así, lo serían los incumplimientos vinculados a la inexistencia de causa de temporalidad, a la superación de los límites temporales previstos para cada contrato temporal, a la falta de alta en la Seguridad Social por señalarlo expresamente el precepto y también la omisión en el contrato «con precisión» de la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. No determinarían, por el contrario, la conversión automática, sin perjuicio de otras responsabilidades, señaladamente administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de información o las vinculadas al respeto del principio de igualdad y no discriminación.

Respecto al ámbito temporal de aplicación del art. 15.4 del TRLET ha de señalarse que su entrada en vigor se produce conforme a la

¹⁸ Nos inclinamos por considerar que deberían formalizarse siempre por escrito en tanto que exigencia implícita en el art. 15.1 TRLET. No obstante, sería conveniente aclarar dicha cuestión reglamentariamente y coordinar los arts 8.2 y 15 TRLET.

Disposición final octava.2 a los tres meses de la publicación en el BOE del RD-L 32/2021, esto es, a partir del 31-03-2021. Esa aplicación afectará a partir de ese momento también a los contratos que se hubieran concluido de manera previa a la entrada en vigor del RD-L 32/2021 (Disposición transitoria tercera) no, sin embargo, a los que se concluyan en el periodo de 31-12-2021 a 30-03-2022¹⁹.

3.2. Las nuevas reglas sobre encadenamiento de contratos

Cuatro son las novedades que el legislador incorpora en esta materia. En primer lugar, opera un acortamiento de sus periodos de extensión temporal que resulta coherente con la reducción de las duraciones que experimentan los contratos de duración determinada. Así, con la actual regulación, las personas trabajadoras que hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses (frente a los anteriores veinticuatro) en un periodo de veinticuatro meses, frente a los anteriores treinta, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas²⁰.

El segundo cambio, consecuencia de los cambios habidos en la paleta de modalidades contractuales, consiste en referir su ámbito de actuación a los contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Quedan fuera, y ello seguramente sea un aspecto criticable en una norma que tiene una clara voluntad de acabar con la tem-

poralidad, otras modalidades contractuales, sin distinción alguna, de carácter temporal²¹.

El tercer cambio viene de la incorporación en el texto legal de una regla de encadenamiento que podemos calificar de objetiva por referirse al puesto de trabajo y no al trabajador individualmente considerado. Si antes el legislador habilitaba a la negociación colectiva para desarrollar dicha tarea²², ahora ello es realizado directamente por el legislador y con carácter general, para todo tipo de sector y puesto de trabajo, cuando establece que, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Se trata de un cambio que merece una valoración positiva desde la perspectiva de su finalidad, evitar la rotación y expulsión de trabajadores. Una rotación que se convierte, conforme indican las estadísticas europeas²³, en unas

²¹ En la anterior regulación la exclusión, aún siendo amplia, era más precisa por referirse expresamente a supuestos determinados: el encadenamiento no era aplicable a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizada.

²² El antiguo apartado quinto del art. 15 del TRLET establecía que «Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal».

²³ El contrato temporal puede suponer una palanca hacia formas de empleo típicas siempre y cuando se acompañe de las debidas garantías normativas y estas sean efectivas. No parece ser este el caso español, las elevadísimas cifras de temporalidad conviven con una muy baja tasa de transición del empleo temporal al indefinido, así conforme cifras de Eurostat, en España en 2019 sólo un 15,1% de los trabajadores temporales transi-

¹⁹ En base a la Disposición Transitoria 4ª, véase con mayor detenimiento el apartado dedicado al régimen transitorio.

²⁰ La regla continúa aplicándose cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

arenas movedizas con efectos nocivos, obviamente para la persona trabajadora afectada, pero también para el sistema productivo por cuanto, como indica el Preámbulo, «el elevado nivel de rotación laboral de una parte considerable de las plantillas impide la cualificación permanente y la vinculación profesional de las personas». Estamos ante una norma antifraude que trata de facilitar la prueba estableciendo una presunción iure et de iure cuando se produce una circunstancia objetiva de carácter temporal. No obstante, la misma puede presentar problemas de operatividad derivados de que la misma se asienta en un concepto como es el de «puesto de trabajo» que puede plantear problemas en su identificación.

El cuarto cambio, se incorpora en el apartado 9º del art. 15 al referirse a la posibilidad que tiene la persona trabajadora de solicitar por escrito al servicio público de empleo un certificado de los contratos de duración determinada celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de persona trabajadora fija en la empresa, cuando el servicio público emita dicho documento, se prevé ahora que, además de remitírselo a la empresa empleadora y al trabajador, deba ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos. Un cambio que creemos muy relevante en orden a facilitar el control y seguimiento de estas situaciones.

taron a un contrato indefinido en un periodo de referencia de 3 años, frente a los 25,6% de la UE (27), lo que nos sitúa en el tercer peor lugar de las estadísticas europeas. Datos consultados en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tepsr_wc230/default/table?lang=en. El legislador también es consciente de ello cuando afirma en el Preámbulo que «e) Un nivel de rotación laboral muy elevado, con muchas personas, especialmente jóvenes, que están en un flujo continuo entre el desempleo y el trabajo temporal, lo cual resulta ineficiente para las personas trabajadoras, pero también para las empresas, que tienen que pagar indemnizaciones por fin de contrato; y para el sector público, que financia con prestaciones por desempleo este proceso de rotación continua».

3.3. El endurecimiento del régimen sancionador de la contratación temporal irregular

En una norma que buscaba su efectividad no era extraño que el legislador tornase la vista hacia un aparato sancionador que no parecía lograr la finalidad de prevención general, disuasoria, que es dable esperar de un régimen administrativo sancionador y que además, por carecer, de una real eficacia disuasoria no resultaba equitativo en su aplicación. Aunque el Preámbulo de la norma diga que el artículo quinto modifica «puntualmente» el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social «con el objetivo de adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones de la norma material, tanto en lo que se refiere a la normativa de contratación –con la imprescindible individualización de la infracción y el incremento de la cuantía de la sanción–, como a las medidas de flexibilidad interna, sus limitaciones y prohibiciones». La modificación puntual no es para nada menor en sus efectos. El incremento de las sanciones que se deriva del mismo supone una completa modificación en la percepción del escenario que es puesta de manifiesta por la doctrina y que es fácilmente perceptible en los auditorios y salas de reuniones virtuales y reales en las que se ha hablado en este periodo sobre la reforma²⁴. En este sentido, no es de extrañar que haya podido afirmarse que la reforma ha operado un desplazamiento del centro de gravedad de la respuesta a la infracción legal²⁵. Por lo que a la contratación se refiere, los cambios operados son dos: 1) aunque la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, prevista en el art. 7.2 de la LISOS, continúa siendo una infracción grave, la incorporación de una nueva

²⁴ En este sentido, el profesor BAYLOS GRAU (2021) también advierte de que ello "*posiblemente conlleve un efecto disuasorio muy importante*" (entrada de 30-12-2021)

²⁵ BAYLOS GRAU, A (2021) (entrada de 28-12-2021) En idéntico sentido NOGUEIRA GUASTAVINO, M. 2022, p. 7.

letra c bis) al art. 40.1 de la LISOS, supone que se incremente su sanción que pasa en su cuantía mínima de 751 € a 1.000 € y de un máximo de 7.500€ a 10.000 €; 2) pero sobre todo cambia la forma de imputar la sanción y, con ello, se produce un efecto multiplicador en la cuantificación de la sanción²⁶. Si antes el número de trabajadores afectados era un mero criterio que valorar en la determinación de la gravedad de la infracción, ahora se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas. Un cambio en la forma de imputación, a un sistema individualizado, que se introduce también en los arts. 19.2.b), 19 bis.1.b) y 19 ter.2.b) con relación a las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias.

El cambio en la normativa sancionadora, como no podía ser de otra forma, en virtud del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no podrá ser aplicado, tal y como establece la Disposición transitoria novena, a las infracciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 32/2020.

3.4. La penalización de la contratación temporal de corta duración

Por último, se modifica el art. 151 de la Ley General de Seguridad Social para cambiar la penalización que en materia de cotización allí se establecía para los contratos de muy corta duración. El legislador, como pone de relieve el Preámbulo del RD-L 32/2020, considera que, en su versión anterior, había sido ineficiente para limitar la contratación temporal de muy corta duración, con un porcentaje elevadísimo del total de contratos

firmados anualmente, y que «impone grandes perjuicios sobre las personas afectadas y sobre la sociedad en su conjunto» por lo que se pretende interiorizar esta externalidad. A tal objeto se introducen tres grandes modificaciones en este sistema de penalización o *malus*²⁷:

- 1) Se modifica su cuantía que, si hasta ahora consistía en un incremento del 40 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, ahora se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes. Lo que viene a resultar una cuantía de 26,57 € por contrato y con independencia de cuál sea su concreta duración siempre que sea inferior a 30 días²⁸.
- 2) Se amplía su ámbito objetivo de aplicación pues si hasta ahora la penalización afectaba a los contratos de duración efectiva igual o inferior a cinco días, con la reforma se aplicará a todo contrato de duración determinada de duración inferior a 30 días.
- 3) También respecto al ámbito de aplicación de esta cotización adicional debe tenerse en cuenta que se amplían los supuestos excluidos. Si hasta ahora únicamente estaban excluidos los celebrados con personas trabajadoras incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, ahora también se excluyen a las del Sistema Especial para Empleados

²⁶ Como advierte el profesor GARCÍA BLASCO (2022), pág. 1, respecto a los cambios en la LISOS "no se trata sólo de acomodar las conductas infractoras a esas modificaciones de la LET, sino que configura de manera distinta los elementos que integran y conforman la misma infracción, cambio muy cualitativo para determinar su concurrencia, a la vez que para imponer y cuantificar la sanción".

²⁷ BAYLOS GRAU. A. (2021) (entrada de 28-12- 2021).

²⁸ La cifra de 26,57 euros es el resultado de la operación: 37,53 x 23,60% x 3. Así, en el Boletín 1/2022 Noticias Red de la Tesorería General de la Seguridad social, p.3.

de Hogar, el Régimen Especial para la Minería del Carbón y a los contratos por sustitución. Tal vez hubiera debido plantearse la exclusión de otros sectores o contratos en los que la temporalidad está ínsita y permitida por la propia norma (caso, por ejemplo, de los artistas en espectáculos públicos).

Debe destacarse que en el RD-L no ha previsto norma transitoria alguna en esta materia. La TGSS a través Boletín 1/2022 Noticias Red de la Tesorería General de la Seguridad social, p.3, considera, razonablemente, que a los contratos de trabajo de duración inferior a 6 días que hubieran finalizado hasta el día 30-12-2021 les resulta de aplicación la cotización adicional prevista en la regulación precedente. Más discutible parece, desde la perspectiva de los principios que rigen la retroactividad normativa, la pretensión de aplicar la totalidad de la cotización adicional a los contratos de trabajo de duración inferior a 30 días que finalicen a partir del día 31-12-2021 pero que fueron suscritos anteriormente.

4. LA DEROGACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA Y SERVICIO DETERMINADO

La reforma del art. 15 y su reemplazo por el nuevo texto que dispone el art. primero, apartado tercero, del RD-L 32/2021 supone la derogación, con los condicionantes transitorios que se comentarán, de todas las modalidades contractuales que allí se preveían (contrato de obra o servicio, contrato eventual y contrato de interinidad) y su sustitución por los nuevos contratos por circunstancias de la producción y de sustitución. Una voluntad de sustitución que el legislador formula expresamente en el segundo párrafo del nuevo art. 15.1 TRLET cuando afirma que «El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora» y, específi-

camente con relación al contrato de obra o servicio determinado, en el apartado tercero de la Disposición derogatoria única²⁹.

Sin duda, de esas derogaciones la más relevante es la que afecta precisamente al contrato de obra y servicio por cuanto los otros dos, el eventual y el de interinidad encuentran su espacio natural de continuidad, con las especialidades que se referirán, en los dos nuevos contratos previstos por el legislador³⁰. No ocurre lo mismo con el contrato de obra o servicio que ha sido objeto de una derogación que cabe calificar de rotunda en cuanto a sus efectos. Al respecto ha de notarse que la misma supone incidir en una realidad muy numerosa (8.193.202 contratos en 2019, lo que representó un 36,39 % de la contratación desarrollada en ese año³¹) que ahora deberá canalizarse bien a través de la contratación indefinida (sea discontinua o no) o, cuando sea posible, por concurrir sus presupuestos de hecho, a través del contrato por circunstancias de la producción³².

²⁹ El tenor literal del apartado tercero de la Disposición derogatoria única establece que «Quedan derogadas las disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del precepto previa a la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico y, en particular, en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación».

³⁰ Llega a calificarse de "gran novedad de esta reforma laboral" (Llorente 2022). Sin duda, como se expone en el texto es una reforma de gran trascendencia. Mayores dudas nos plantea calificarlo como la gran novedad de una reforma que articula diversas e importantes medidas. Puede verse VICENTE-PALACIO, A (2022).

³¹ Datos del 2019 que figuran en el Informe del Mercado de Trabajo Estatal 2020. observatorio de las Ocupaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social, <https://sepe.es/Home-Sepe/que-es-el-sepe/observatorio/informes-mercado-trabajo/informes- anuales-mercado-trabajo-estatal/ver-resultados.html?documentType=informes&tipo=1&periodo=anual&ambito=Nacional> (consultado el 13-02-2022).

³² En este mismo sentido LLORENTE Y PAVÍA (2022) o NOGUEIRA GUASTAVINO (2022, p. 4) para quien el contrato por circunstancias de la producción para situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida y delimitada constituye la vía más idónea.

La utilización que se efectuaba del contrato de obra o servicio determinado estaba en el punto de mira, por cuanto se constataba su utilización en contextos y circunstancias en las que sólo de manera muy cuestionable subyacía una auténtica necesidad temporal de mano de obra sino un auténtico fraude. En este sentido, la doctrina había señalado que los contratos de obra constituían la principal causa del nivel patológico de temporalidad de nuestro mercado laboral, identificándose como factores determinantes: la insuficiencia de la actuación legislativa, la “impotencia” de la negociación colectiva y cierta “candidez” de la interpretación jurisprudencial” (Suárez Corujo, 2018).

La proliferación del contrato de obra tenía, a nuestro juicio, su última causa en una laxa delimitación legislativa de su causalidad. El legislador se limitó en 1997 a incorporar la exigencia de que la obra o servicio tuviese “*autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta*” manteniendo la remisión a la negociación colectiva para que fuese aquella la que identificase “*aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza*”. Desde entonces, transcurridos casi 25 años, el legislador nada había añadido a una delimitación causal que había sido entendida, de forma muy amplia por la jurisprudencia. Especialmente cuando, a partir de la STS de 15 de enero de 1997 (Rec. 3827/1995), admitió como justificación causal la realización de una contrata de obra o servicio o una concesión administrativa³³. Una posición jurisprudencial que constituye, como ha señalado la doctrina, un factor clave en la precariedad de nuestro sistema de rela-

ciones laborales³⁴ y que, sin embargo, fue dada por buena por el legislador que se limitó a actuar en relación a las contratas y concesiones de larga duración inicial o sucesiva, a través de la limitación de la duración máxima de los contratos de obra que se introduce en la reforma del 2010 y ello aún de forma restrictiva³⁵, a pesar de que en el documento enviado por el Gobierno a los agentes sociales el 12 de abril de 2010, “*Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo. Documento de trabajo*”, ya se señalaba que una de las medidas a adoptar para racionalizar su uso y evitar el uso injustificado del contrato de obra o servicio, era “*desvincular la causa de esta modalidad contractual de la actividad habitual u ordinaria de la empresa y de la subcontratación empresarial de obras y servicios*”. Habrá que esperar a la muy reciente e importante STS de 29 de diciembre de 2020 (Rec. 240/2018) para que el Tribunal Supremo, reaccionando ante las constantes advertencias del TJUE, dé un golpe de timón definitivo³⁶, a una línea jurisprudencial que ya había ido marcando restricciones³⁷ y considere que no es posible celebrar un contrato de trabajo temporal de obra o servicio amparado en la contrata de una empresa contratista, cuando la actividad a la que se destina el trabajador es la habitual u ordinaria de la empresa auxiliar, por mucho que el contrato civil, mercantil o administrativo que une a empresa auxiliar y principal tenga una duración limitada en el tiempo³⁸.

³⁴ VALDÉS Y LAHERA, 2004, 78-79; CRUZ VILLALÓN, 2010, 127, VALDÉS DAL-RÉ, 2010 (consultada versión electrónica).

³⁵ Por cuanto el legislador la limitó a los contratos celebrados con posterioridad al inicio de su vigencia.

³⁶ Esta misma expresión emplea MONTROYA MEDINA, 2021, 613.

³⁷ Señaladamente cuando consideró que en supuestos en los que se producían sucesivas ampliaciones o renegociaciones de la contrata o concesión “*la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja*” desapareciendo la causalidad propia del contrato de obra o servicio (entre otras, las SSTs (Pleno) de 19 de julio de 2018 (Rec. 824/2017 y 1037/2017), la STS de 28 de noviembre de 2019 (Rec. 3337/2017). Más ampliamente en SUÁREZ CORUJO, 2018 y LÓPEZ SÁNCHEZ, 2017.

³⁸ Una posición ya mantenida por SUÁREZ CORUJO, 2018, 101, cuando afirmó, tomando como punto de partida la STS

³³ La posibilidad de utilizar la contratación de obra o servicio en el marco de las contratas fue reconocida jurisprudencialmente, a partir de aquella sentencia, por diversas resoluciones a lo largo del tiempo. Así, entre otras, SSTs 8 de junio de 1999 (Rec. 3009/1998), la STS de 20 de noviembre de 2000 (Rec. 3134/1999), la STS de 4 de mayo de 2006 (Rec. 1155/2005) o la STS de 23 de septiembre de 2008 (Rec. 2126/2007).

Sin duda, estamos ante lo que cabe calificar como un *leading case* o sentencia referencial que ha inspirado a la regulación contenida en el RD-L 32/2021 en relación con el nuevo contrato por circunstancias de la producción y la nueva regulación del denominado contrato indefinido adscrito a obra prevista en el art. segundo del RD-L 32/2021³⁹ tal y como se recoge en su preámbulo al afirmar que el contrato de obra o servicio era una «modalidad contractual fuertemente cuestionada por las jurisprudencias interna y comunitaria (STS1137/2020, de 29 de diciembre de 2020 y STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–)».

Decíamos que la derogación es rotunda en lo que a su alcance material se refiere. El legislador quiere que se extienda a todos los contratos de obra, estableciéndose en su Disposición derogatoria única, apartado tercero, la derogación expresa de las «disposiciones referidas a los contratos temporales previstos en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del precepto previa a la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero» y con independencia de la norma en que se contengan («contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico y, en particular, en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación»), y con independencia de la naturaleza del empleador, como se verá a la luz de las disposiciones transitorias con explícitas referencias al alcance de la derogación en el ámbito del sec-

tor público, y de la actividad desarrollada. Una rotundidad de la que únicamente escapa su régimen de derecho transitorio al permitirse, como se vio en el apartado primero de este artículo, que los contratos de obra suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 32/2021 (31-12-2021) continúen vigentes hasta su duración máxima de conformidad con la normativa, legal y convencional, previa y, asimismo, que hasta el 30 de marzo puedan suscribirse contratos de esta naturaleza si bien en este caso su duración no podrá ser superior a seis meses. Una transitoriedad que contiene una regla específica con relación a los contratos por obra o servicio determinados celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años que estuviesen vigentes a antes del 31-12-2021. Previéndose el mantenimiento de su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo con su normativa de aplicación, con un límite máximo de tres años contados desde el 31-12-2021⁴⁰.

Debe tenerse en cuenta que la Administración Pública, mejor dicho, las entidades que integran el sector público, reguladas en

de 4 de octubre de 2017, que apuntó la línea consolidada en 2020, que "si la actividad normal de la empresa que contrata consiste en prestar servicios para otras empresas no podría justificarse la celebración de este tipo de contratos si no se trata de una actividad –se insiste– con sustantividad propia y una dimensión temporal".

³⁹ La STJUE de 24 de junio de 2021, Acciona Agua, C-550/19 ofrecía importantes argumentos para que el legislador, los Tribunales y los agentes sociales reaccionasen ante una modalidad contractual que a juicio del TJUE "entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos".

⁴⁰ De sumo interés resulta BALLESTER LAGUNA, "¿Qué ha hecho la reforma laboral de diciembre de 2021 con la contratación laboral con cargo a proyectos de investigación?", AEDTTS, 2022, https://www.aedtts.com/wp-content/uploads/2022/01/Brief_AEDTTS_Fernando_Ballester_3pags.pdf que entre otras cuestiones trata de resolver el interrogante de si el hueco del contrato de obra en el ámbito científico puede ser cubierto por el contrato indefinido con cargo a proyectos de investigación previsto en el DA 23º de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Véase asimismo, la entrada "Implicaciones de la derogación del Contrato de Obra o Servicio Determinado del art. 15.1 a) LET sobre los Contratos de Obra o Servicio Derivados de proyectos de investigación", elaborada por la profesora CAIRÓS BARRETO y publicada en el blog Nuevo Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI de NET21 (<https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/>)

el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, disponen de una habilitación específica para suscribir contratos de duración determinada en dos concretos supuestos: a) que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos; b) que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.

Se trata de una habilitación genérica en la que como se ha señalado, se plantea la duda de si esa habilitación para suscribir contratos de duración determinada debe canalizarse a través del art.15 o debe entenderse como una modalidad de contratación propia y específica condicionada en su duración máxima al «tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos»⁴¹.

La rotundidad de la derogación de los contratos de obra, que alcanza también al impropriadamente denominado contrato fijo de obra que se preveía en el Convenio General del Sector de la Construcción, no debe, sin embargo, afectar a las otras modalidades contractuales temporales con fundamento normativo propio y distinto al del contrato

de obra (p.ej. contrato laboral para artistas en espectáculos públicos previsto en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos).

5. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

De los dos contratos temporales creados por el RD-L es el contrato por circunstancias de la producción (en lo sucesivo CPCP) el que incorpora más novedades, el que, en un futuro, probablemente canalice un mayor número de contratos y el que, al mismo tiempo, plantea mayores interrogantes. En este sentido, se ha destacado que el elevado número de conceptos jurídicos indeterminados empleados puede propiciar una elevada conflictividad judicial y una inseguridad jurídica que se agrava por las importantes consecuencias sancionadoras que tiene ahora la utilización irregular de la contratación temporal⁴².

El nuevo contrato que, aún siendo un nuevo contrato, cabría calificar, en cierta medida como heredero del antiguo contrato eventual⁴³, presenta una delimitación causal novedosa que el precepto parece desglosar, a su

⁴² BELTRÁN HEREDIA (entrada 17-01-2022). A nuestro juicio, sin que quepa descartar que la inseguridad jurídica pueda constituir un incentivo para una prudente utilización de la figura del contrato indefinido no fijo, sería imprescindible que una futura norma reglamentaria coadyuvase a reducir unos márgenes de discrecionalidad que perjudican a la seguridad jurídica de empresas y personas trabajadoras pero también la operatividad de las instancias encargadas del control de su aplicación.

⁴³ Con ello descartamos que, a nuestro juicio, le resulte de aplicación la regulación contenida en convenios en relación con los antiguos contratos eventuales. De esta forma, si por convenio se había ampliado la duración de aquellos y se quiere proceder de modo análogo con el nuevo contrato por circunstancias de la producción deberá renegociarse el convenio y efectuar una regulación específica y expresa en ese sentido. El profesor ROJO TORRECILLA también considera que este nueva modalidad o submodalidad "*sustituye al anterior contrato eventual por necesidades de la producción*" en "Estudio de la reforma laboral de 2021. Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre", en <https://www.academia.edu/67901830/>

⁴¹ Debe reseñarse también con relación a las Administraciones públicas y, en su caso, las entidades sin ánimo de lucro que la Disposición final segunda del RD-L 32/2021 introduce una nueva disposición adicional novena en el texto refundido de la Ley de Empleo, que las habilita para realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, cuya duración no podrá exceder de doce meses. Previéndose que las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 del TRLET.

vez, en dos o, según como se lea, tres hipótesis o escenarios diferentes.

Detengámonos siquiera brevemente en esta cuestión. La duda viene suscitada por la redacción del primer párrafo del nuevo art. 15.2 cuando establece que «2. A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1».

Si bien es cierto que utilización de la conjunción copulativa «y» entre la primera situación, «el incremento ocasional e imprevisible de la actividad», y «las oscilaciones», podría hacernos pensar en dos situaciones diferenciadas y que a esta segunda situación no se le requeriría la ocasionalidad e imprevisibilidad que sí se exige expresamente al incremento, creemos que la conjunción copulativa, que no alternativa, incorpora dichas oscilaciones que, de esta forma, deberán ser igualmente ocasionales e imprevisibles⁴⁴. Una interpretación esta que creemos que se ajusta a la interpretación sistemática del precepto por cuanto éste expresamente excluye su utilización cuando responda a supuestos incluidos en el artículo 16.1 del TRLET. Las oscilaciones no ocasionales, sino que reiteradas en el tiempo y previsibles nos sitúa, en la mayor parte de casos, en el supuesto de hecho de la «prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados» del fijo discontinuo. Una consideración única a la que también aboca el tratamiento sistemático unitario que se realiza de la caracterización

de la actividad en la que pueden emplearse y de los efectos que genera el incremento y la oscilación («que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere») y las reglas también comunes en materia de duración.

Las dos situaciones o escenarios presentan como nexo común el referirse a situaciones en las que se produce una necesidad temporal de mano de obra, ya sea por generarse un «incremento ocasional e imprevisible» de la actividad de la empresa, «un desajuste temporal» o una «situación ocasional» pero previsible. Siendo clara la temporalidad por expresa dicción en el caso de las de los incrementos ocasionales e imprevisibles y en el de las oscilaciones (el desajuste temporal al que se refiere la norma), la misma también puede inferirse del término ocasional empleado por la norma. Un término que según el diccionario de la RAE en la acepción que a nosotros interesa significa que «Que solo ocurre o actúa en alguna ocasión. Colaborador ocasional» y que por lo tanto carece de la nota de permanencia o habitualidad propia de los trabajos que exigirían la utilización de un contrato fijo. Un contrato fijo, en su modalidad de fijo discontinuo, que parecería ser el que debería emplearse cuando ese trabajo ocasional se reitera con carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. Aunque sin duda, la frontera entre este contrato y el fijo discontinuo, como ya ocurrió con el eventual, puede plantear interrogantes, creemos que una interpretación teleológica, literal y sistemática impedirían el recurso al CPCP para la cobertura de necesidades temporales que se repiten cíclicamente en el tiempo. Otra interpretación, aún pudiendo ser de interés, debe situarse en un plano de *lege ferenda* por no ajustarse a la *mens legis* ni a la *mens legislatoris*.

Con relación al elemento causal, el legislador establece, también parece que respecto a las dos modalidades, que no podrá identifi-

Estudio_de_la_reforma_laboral_Real_Decreto_Ley_32_de_28_12_2021, p. 37

⁴⁴ En contra BELTRÁN HEREDIA (entrada 17-01-2022) que desarrolla una interpretación literal que, no obstante, como reconoce, produce resultados insatisfactorios desde la perspectiva de su delimitación con el que el denomina CPCP previsible y el contrato fijo discontinuo.

carse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores. Siguiendo la pauta marcada por la STS 29-12-2020 Rec. 240/2018, el legislador descarta expresamente que esta modalidad contractual pueda emplearse para la cobertura de puestos de trabajo en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas cuando esta constituya la actividad habitual u ordinaria de la empresa. No estamos ante una prohibición absoluta y ello por cuanto la norma admite dos supuestos en los que será posible la utilización de un CPCP: 1) en aquellos casos en los que la realización de contrata, subcontratas o concesiones administrativas no constituya la actividad habitual u ordinaria de la empresa. Piénsese, por ejemplo, en un restaurante que excepcionalmente decide suministrar comida y el servicio de camareros a una empresa vecina con motivo del aniversario de dicha empresa; 2) por la concurrencia de una circunstancia de la producción de las previstas en el art. 15.2 del TRLET que se superponga a la actividad ordinaria de la empresa⁴⁵. Sería, por ejemplo, el caso de una empresa de catering que ante la petición extraordinaria de un cliente que, por ejemplo, desarrolla una jornada de puertas abiertas necesita incrementar el servicio de catering de manera puntual.

De esta forma, el **primer escenario o supuesto sería el determinado por incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad y las oscilaciones**, implícitamente también ocasionales e imprevisibles, que provocan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, con independencia de que ese incremento u oscilación se produzca en el marco de la actividad normal de la empresa.

La norma expresamente establece que «entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales». Nos encontramos ante una previsión que además de parecer modificar la jurisprudencia del TS en relación con esta materia⁴⁶, e introduce un “ruido” o confusión en la definición y en la frontera entre el CPCP y el fijo discontinuo sólo reconducible a través de su interpretación como una inclusión “constitutiva” o bien, en una interpretación integradora, considerar que la referencia a las vacaciones como causa justificativa de un CPCP sólo es posible cuando éstas determinen un desajuste organizativo por no responder a los parámetros preestablecidos⁴⁷.

El CPCP celebrado en base a estas circunstancias (incrementos ocasionales y oscilaciones) no podrá tener una duración superior a seis meses, permitiéndose, no obstante, que por convenio sectorial, con indiferencia de su ámbito geográfico, se pueda ampliar su duración a un año. En caso de que el contrato se

⁴⁶ Cuando había establecido, STS 30-10-2019 Rec. 1070/2017, que cuando la empresa “es plenamente conocedora de que la plantilla con la que cuenta disfruta de vacaciones y descansos con la regularidad propia de tales situaciones” se aleja “de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar”. En la misma línea la STS 10-11-2020 Rec. 2323/2018 denegando la posibilidad de utilizar genéricamente el contrato eventual con una “abstracta y genérica invocación de los periodos de vacaciones, licencias y permisos de los que disfruta el personal que configura la plantilla ordinaria del organismo público, sino que exige una prueba más precisa y exhaustiva de las concretas y específicas circunstancias concurrentes en esa plantilla, el número de puestos de trabajo y vacantes existentes en la misma, de lo que pueda deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifiquen el recurso a esta modalidad de contratación temporal”.

⁴⁷ Es, a nuestro juicio, la coherente propuesta que formula NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 3, que además se cohonestaría con la interpretación efectuada por el TS por cuanto lo que ésta veda es la utilización “abstracta y genérica” del contrato eventual como método de cobertura ordinario de las vacaciones no cuando pueda “deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifiquen el recurso a esta modalidad de contratación temporal”. Una especificación que tal vez podría incorporarse en una futura norma reglamentaria que lo que haría, de esta forma, sería concretar la regulación legal contenida en el art. 15.2 y art. 16 del TRLET. También parece ser esta la posición de ROJO TORRECILLA, 2022, p. 39.

⁴⁵ De la misma forma, NOGUEIRA GUASTAVINO 2022, p.6.

hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima. Aunque la dicción es clara respecto a cuál es su duración máxima no resulta tan claro si esa duración máxima esta condicionada a la persistencia de la causa que justifica el contrato o, por el contrario, estamos ante un contrato a término determinado por la duración establecida en el propio contrato o, en todo caso, por la duración máxima legal o convencionalmente establecida. En nuestra opinión, nos hallamos ante un contrato en el que establecimiento de una duración máxima actuaría como término final determinante de su válida extinción. La redacción del art 49.1c) parece avalar dicha interpretación al prever únicamente la expiración del tiempo convenio como causa extintiva. Ello no significa que no haya de atribuírsele ningún efecto a la desaparición de la causa que legitima y justifica el uso de este contrato. Máxime cuando en el actual marco normativo desaparece la referencia o marco temporal que anudaba el contrato eventual a la circunstancia que lo justificaba. La desaparición de ese referente objetivo hace que cobre especial valor la exigencia, contenida en el párrafo primero del art. 15.1 TRLET, de que en el contrato se especifiquen con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y «su conexión con la duración prevista» y ello no con un valor meramente formal sino «para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad». La desaparición de la causa justificante del contrato determinaría la adquisición, por imperativo, del art. 15.4 del TRLET, de la condición de fijas y una eventual sanción administrativa. Efectos que la empresa sólo podría evitar extinguiendo el contrato por las causas previstas en el art. 52 c) del TRLET y los efectos previstos en el art. 53 del TRLET. Sin duda, esta interpretación, que rompe con los esquemas tradicionales del contrato eventual e introduce un factor de complejidad en la gestión empresarial de la temporalidad debería

limitarse a aquellas hipótesis de abuso de derecho en los que la desaparición del hecho causal fuese total y cuando la desconexión entre el mismo y la duración del contrato también resultase evidente.

Mayores interrogantes plantea si cabe el **segundo de los escenarios en los que es posible la suscripción de un CPCP: la atención de «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo»**. De nuevo aquí el legislador emplea el término ocasionales para referirse a la situación causal, que como hemos señalado, debe identificarse con puntuales, con aquello que «sólo ocurre o actúa en alguna ocasión», no habitualmente pero ahora esas situaciones ocasionales han de ser previsibles y con una duración reducida y delimitada en los términos que el precepto acota y que ahora se verán.

Ha de notarse que aquí el legislador no prevé expresamente que se refieran a la actividad normal de la empresa. No creemos que ello suponga que la empresa no pueda recurrir en este caso al CPCP, sino que ello está implícito en la propia nota de la previsibilidad⁴⁸. Dificilmente puede ser previsible aquello que no se corresponda con el tráfico mercantil ordinario de la empresa. Precisamente, la previsión expresa en el ámbito de la situación ocasional imprevisible, se explica por que en ese contexto sí que resultaría preciso o conveniente aclarar que ello también puede producirse con relación a la actividad normal de la empresa. La omisión de otros elementos que caractericen la actividad a desarrollar, fíjese que además aquí se habla de «situaciones» frente al más limitado «incremento» del primer escenario, supone una importante dosis de flexibilidad que no supone que podamos olvidar que estamos ante un contrato que sólo puede suscribirse para situaciones ocasionales, con lo que ello implica de temporalidad y no recurrencia y,

⁴⁸ También es de esta opinión NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 4.

adicionalmente, que en el contrato deberá figurar además de la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. De esta forma, coincidimos con aquellos que consideran que aunque la frontera explícita con el fijo discontinuo sólo se ha previsto en el párrafo primero del art. 15.2 para los CPCP por incrementos ocasionales imprevisibles y las oscilaciones, esa limitación se deriva de su propia conceptualización y de su interpretación sistemática con el art. 16 del TRLET. De esta forma, no creemos que pudiera ser empleado, por ejemplo, para la cobertura general de los puestos de trabajo exigidos por la realización del periodo de rebajas en los establecimientos comerciales por su carácter recurrente pero sí para la realización de un periodo promocional de ventas vinculado a alguna circunstancia eventual (por ejemplo, el lanzamiento de un determinado terminal telefónico).

La escasa exigencia causal de esta modalidad contractual, que se ha visto como la vía con la que reconducir los anteriores contratos de obra o servicio⁴⁹, se contrarresta con una explícita aunque confusa limitación temporal en el uso que pueden realizar las empresas. Así, en este se indica que:

«Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada. Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos».

Parece que la literalidad del precepto conduce a entender que las empresas podrán utilizar el contrato un máximo de 90 días en el año natural que, no obstante, no podrán ser utilizados de manera continuada e imponiéndose por lo tanto un fraccionamiento en su uso. Un límite que actúa considerando globalmente la empresa, y computando, por ello, las contrataciones que se efectúen en los distintos centros de trabajo⁵⁰. Son diversas las cuestiones que se han planteado con relación a este límite temporal. Así, en primer lugar y por lo que se refiere, a su determinación en forma de días, se plantea la cuestión de si cabría aplicarlo proporcionalmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial⁵¹. En nuestra opinión, debe descartarse dicha proporcionalidad por cuanto, en primer lugar, el límite se establece por días, no en base a una eventual jornada de trabajo a tiempo completo. Adicionalmente, esa interpretación podría suponer un tratamiento más perjudicial para las personas con contratos a tiempo parcial que verían como una parcialidad mayoritariamente, según las estadísticas, no deseada y que afecta principalmente a las mujeres, les supone que puedan trabajar un mayor número de días con un contrato temporal.

En segundo lugar, cabe plantearse si estamos ante un único contrato cuya distribución de la jornada debe repartirse a lo largo de esos días conforme a la previsión anual que haga el empresario o ante diversos contratos que deben realizarse para cada uno de esos días o periodos en que vaya a ser empleado. A nuestro juicio, el tenor literal del precepto parece soportar las dos opciones. De esta forma, la empresa podría suscribir contratos por periodos de tiempo más o menos amplios, por ejemplo, superando los 29 días para evitar la

⁵⁰ Aunque el precepto no lo aclara, entendemos que en los grupos de empresas mercantiles, el cómputo debe efectuarse unitariamente para cada empresa por ser diferente la personalidad jurídica de sus integrantes. Una respuesta que debería ser diferente en aquellas hipótesis en las que la apariencia mercantil encubriese una realidad empresarial única.

⁵¹ BELTRÁN HEREDIA (entrada 17-01-2022).

⁴⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 4.

penalización en la cotización, identificando, en cada uno de los contratos las situaciones a atender en «cada uno de dichos días», las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato o bien suscribir contratos diarios, en ambos casos, como se verá a continuación, siempre que ello se ajuste a la causalidad que justifica y fundamenta al contrato.

En tercer lugar, en relación con el fraccionamiento y forma en que cabe distribuir esos días, aunque existe un amplio margen de discrecionalidad empresarial la misma está sujeta a dos condicionantes. Conforme la previsión legislativa el contrato puede suscribirse para «atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato», una exigencia de la que se deriva, sin género de dudas, la necesidad de que en el contrato se contengan las «concretas situaciones» para las que se suscribe el contrato, no bastando una justificación genérica, y, con mayores dudas, los días en que ello se producirá. Una exigencia de determinación de los días que, a nuestro juicio, deviene absolutamente conveniente para garantizar cierta previsibilidad en el trabajo desarrollado⁵².

Menores dudas nos plantea la necesidad de que la contratación de esos trabajadores debe estar justificada y guardar proporción con la temporalidad que justifica el contrato que se suscribe⁵³. Los 90 días son un término máximo que limita la «duración reducida y delimitada» que tienen que tener las situaciones pero ni desdibuja la exigencia de ocasionalidad ni de que en el contrato se deba de especificar la causa habilitante de la contra-

tación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y, sobretudo por lo que a estos efectos interesa, «su conexión con la duración prevista». Una proporcionalidad que se proyectaría tanto sobre la duración como sobre el número de contratos a realizar. Nótese que la norma no establece un límite máximo expreso de contratos, a diferencia de lo que ocurría en algunos de los textos que se manejaron, pero ello no ha de significar que este quede a la libre discreción del empresario. Como hemos visto, anteriormente, el art. 15.1 del TRLET desarrolla, en este sentido, un importante refuerzo de la causalidad que proyectada en la dimensión cuantitativa impediría una suerte de «barra libre» totalmente contraria a la lógica de la reforma.

6. EL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Menores incertidumbres parece generar el segundo de los contratos previstos en el actual art. 15.3: el contrato de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo. Un contrato que claramente se inspira en el tradicional contrato de interinidad regulado en el anterior art. 15.1 c) del TRLET pero cuya regulación, a nuestro juicio, se mejora desde una perspectiva de técnica jurídica y funcional.

Desde una perspectiva de técnica legislativa, la actual regulación incorpora de forma expresa en la norma legal la interinidad por vacante, esto es, la posibilidad de celebrar este contrato para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. Cabe recordar, que la posibilidad de emplear este contrato para este tipo de hipótesis sólo se había recogido en el art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. La incorporación ahora al texto legal de aquella misma regulación evita el eventual *ultra vires* de la anterior situación, salvado *in extremis* por la STS 12-12-2007 (Rec. 4117/206).

⁵² Al respecto, parecería conveniente que el desarrollo reglamentario contuviese las disposiciones precisas para que el uso de esta modalidad contractual se adecue a las exigencias contenidas en la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Una Directiva que deberá ser transpuesta a más tardar el 1 de agosto de 2022.

⁵³ También NOGUEIRA GUASTAVINO, p. 5.

La norma legal especifica también la duración máxima de esta interinidad por vacante, estableciendo que, en ningún caso, podrá ser superior a tres meses o el plazo inferior recogido en convenio y sin que se pueda celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto si se hubiese agotado aquella duración máxima. La necesaria, aunque, a nuestro juicio, insuficiente Disposición adicional cuarta del RD-L 32/2021 permite explícitamente en el sector público la celebración de este contrato de sustitución por vacante, pero remitiéndose genéricamente, en aras a garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, a los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Ha de notarse que ni en dicha norma, ni tampoco en la actual regulación estatutaria, a diferencia de lo que ocurría con el art. 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, se ha establecido una regulación específica con relación a la duración de este tipo de contratos en las Administraciones Públicas. Un silencio que obliga a plantearse la cuestión de si continúa siendo aplicable, a falta de previsión legal específica, el plazo máximo de 3 años que el art. 70.1 EBEP establece para la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar (STS, Pleno, 649/2021 de 28-06-2021).

Sin duda, si resulta necesario establecer un plazo diferente en la duración de esta modalidad contractual en el ámbito del sector público, atendiendo a la complejidad de sus procesos selectivos, sería conveniente, cuando no imprescindible, recuperar una regulación análoga a la que se preveía en el Real Decreto 2720/1998 cuando establecía que «En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica».

Desde una perspectiva funcional se mejora esta modalidad contractual y ello tanto por lo

que refiere a su ámbito objetivo de aplicación como a su dinámica. Por lo que se refiere a lo primero, aún manteniéndose el supuesto tradicional, sustitución de trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, se añade la posibilidad de que el mismo pueda emplearse para contratar a una persona que complete la jornada reducida disfrutada por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución⁵⁴. Una posibilidad que *obiter dicta* había descartado la STS 30-10-2019 (Rec. 1070/2017) pero que cabe considerar positiva desde la perspectiva de facilitar la cobertura de una reducción temporal y, en muchos casos, imprevisible para la empresa en cuanto a su inicio y duración efectiva y, asimismo, evitar que, de otra forma, la “cobertura” recaiga en otras personas trabajadoras a través del incremento de su carga de trabajo. La redacción del precepto plantea la duda de si podría suscribirse un mismo contrato para la cobertura de diferentes reducciones disfrutadas por distintas personas. La exigencia de que en el contrato figure el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución no habría, a nuestro juicio, de impedir una posibilidad que facilitaría saturar, en el sentido de ofrecer jornadas completas, a las personas trabajadoras que desarrollen esa actividad, sin perjuicio, de que una reiteración en el desarrollo de dicho cometido, nos sitúe en el escenario de un contrato fijo discontinuo.

Por lo que a la dinámica de la contratación se refiere, el nuevo art. 15.3 del TRLET permite una cierta coincidencia temporal entre la persona trabajadora sustituida y la sustituta. En este sentido, se establece que la prestación de servicios de la persona sustituta podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la sustituida, permitiéndose

⁵⁴ Obviamente, no en los supuestos en los que la reducción tenga su origen en un expediente de regulación temporal de empleo, en el que la contratación de nuevos trabajadores está limitada y condicionada (véase el art. 47.7.d) del TRLET).

una coincidencia en el desarrollo de las funciones por «el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días». Se admite, de esta forma, un relevo acompañado inicial, pero no el de salida. Tal vez debiera haberse permitido también el de salida cuando ello fuera necesario para garantizar una transición, siquiera hubiera sido con una menor duración por parecer más complejo el proceso de acoplamiento de la persona nueva que la reentrada del que ya había desempeñado servicios.

La actual regulación exige, como ya ocurría en la regulación precedente, que en la interinidad por sustitución se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, en la interinidad por vacante el desarrollo reglamentario debería exigir la identificación del puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

El legislador no ha modificado los efectos que tiene la finalización ordinaria de este tipo de contratos por expiración del tiempo convenido (art. 49.1.c TRLET) que, de esta forma, continúan sin generar derecho a indemnización alguna. Tampoco se les aplica la penalización en la cotización adicional prevista para los contratos de duración inferior a 30 días del nuevo art. 151 de TRLGSS (art. 3.1 RD-L 32/2021).

Por último, se ha de destacar, que el nuevo art. 15.3 TRLET será aplicable, en virtud de la Disposición final 8ª a partir del 31-03-2022. Los contratos de interinidad previos al 31-12-2021, en virtud de la Disposición Transitoria 3ª, se registrarán por la normativa vigente en aquel momento. La ausencia de referencia a esta modalidad contractual en la Disposición Transitoria 4ª, la prevista para el ínterin entre el 31-12-2021 y el 30-03-2022, limitando a seis meses la duración de los contratos que se celebren en ese periodo, determina que no deba aplicarse dicha limitación temporal específica a estos contratos.

7. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL

En el apartado 8º del art. 15, de modo análogo a lo que ya hacía el anterior apartado 7º, se establece un conjunto de materias cuyo tratamiento se recuerda, con un valor meramente orientativo o pedagógico, puede ser abordado por la negociación colectiva. No estamos ante mandatos, sino como decíamos, meras orientaciones o recordatorios que tratan de motivar a los negociadores o, incluso, recordar la posibilidad, oportunidad o legalidad del tratamiento de esas cuestiones. Las materias a las que se refiere el precepto son, en un primer bloque, que tiene como nexo común, la reducción o limitación de la temporalidad: 1) planes de reducción de la temporalidad, 2) criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, 3) criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, 4) fijación de porcentajes máximos de temporalidad; 5) las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos. Se trataría de un listado meramente enunciativo, que no constituye un *numerus clausus*, y que, aunque amplio, podría permitir la inclusión de otro tipo de cláusulas. Además, debe notarse que, con buen criterio, el legislador no predetermina un nivel apropiado de negociación de forma que estas cláusulas podrán formar parte del contenido de cualquier tipo de convenio, siempre y cuando, dada la naturaleza de la materia, sea estatutario.

Con relación a los efectos que cabe derivar del incumplimiento de estas cláusulas, salvo previsión expresa en el convenio, nótese que la determinación de las consecuencias derivadas de su incumplimiento es precisamente uno de los contenidos propuestos por el legislador (el que hemos numerado como 5), no creemos que pueda determinar sin más la conversión del contrato temporal en indefinido. Como de-

fendimos al analizar el ámbito de aplicación material de la presunción establecida en el art. 15.4 del TRLET, no creemos que quepa su aplicación a todo incumplimiento del art. 15 del TRLET. Lo que sí resulta claro, es que, además de la eventual aplicación de las consecuencias que pudiera prever el mismo convenio, su incumplimiento constituiría una infracción que podría ser sancionada por la autoridad laboral como una infracción grave en base al art. 2.2 del TRLISOS⁵⁵ y adicionalmente generaría una responsabilidad contractual.

El precepto añade en su párrafo segundo que «asimismo, los convenios colectivos podrán establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición», sin que quepa entender a que puede referirse dicha preferencia. Una omisión que, sin duda, debería solventarse a través de su concreción en la norma reglamentaria. Finalmente, y como ya ocurría en la versión precedente, el precepto concluye señalando que los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Cabe recordar que la negociación colectiva puede, asimismo, desarrollar otras funciones y cometidos distintos a los vinculados al control de la temporalidad. Así puede mencionarse que la negociación colectiva, ahora sí sólo la sectorial, puede ampliar la duración del CPCP derivado de incrementos ocasionales imprevisibles y oscilaciones de los seis meses legales hasta un año (art. 15.

2 TRLET). Asimismo, la negociación colectiva puede articular medios de comunicación que faciliten la transmisión de información de la existencia de puestos de trabajo vacantes permanentes a los trabajadores temporales (art. 15.7 TRLET).

Además del papel que la representación legal de los trabajadores puede desarrollar en la negociación colectiva, el art. 15 del TRLET le convierte en destinatario de información específica. De esta forma, la empresa deberá informar a los representantes de los trabajadores: 1) en el último trimestre de cada año, de la previsión anual de uso de los CPCP para atender situaciones ocasionales, previsibles, de duración reducida y delimitada; 2) la información que se les transmita a los trabajadores temporales de la existencia de puestos de trabajo vacantes permanentes; 3) cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los contratos regulados en el art. 15 deberán ser notificados de los contratos realizados al amparo del art. 15 del TRLET; 4) cuando se produzca una conversión en trabajador fijo de un trabajador temporal como consecuencia de la aplicación del art. 15.4 o 15.5 del TRLET.

BIBLIOGRAFÍA Y BLOGS CONSULTADOS

BAYLOS GRAU, A.: “La búsqueda de la estabilidad en el empleo y los contratos temporales en la reforma laboral de diciembre de 2021”, entrada en su blog de martes, 28 de diciembre de 2021, <https://baylos.blogspot.com/2021/12/la-busqueda-de-la-estabilidad-en-el.html>.

BAYLOS GRAU, A.: “El Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”, en entrada a su blog de 30 de diciembre de 2021 <https://baylos.blogspot.com/2021/12/el-real-decreto-ley-322021-de-28-de.html>.

BALLESTER LAGUNA: “¿Que ha hecho la reforma laboral de diciembre de 2021 con la contratación laboral con cargo a proyectos de investigación?”, AEDTTS, 2022, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Brief_AEDTSS_Fernando_Ballester_3pags.pdf

⁵⁵ «2. La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas» (el subrayado es nuestro).

- BELTRÁN HEREDIA, I.: “RD Ley 32/2021 y diferencias entre el contrato temporal por circunstancias de la producción (art. 15 ET) y el fijo-discontinuo (art. 16 ET): taxonomía de una nube de conceptos jurídicos indeterminados”, entrada 17-01-2022, <https://ignasisbeltran.com/2022/01/17/rdley-32-2021-y-diferencias-entre-el-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-art-15-et-y-el-fijo-discontinuo-art-16-et-taxonomia-de-una-nube-de-conceptos-juridicos-indeterminados/>
- CAIRÓS BARRETO: “Implicaciones de la derogación del Contrato de Obra o Servicio Determinado del Art. 15.1 a) LET sobre los Contratos de Obra o Servicio Derivados de proyectos de investigación”, blog Nuevo Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI de NET21, <https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/>
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Contratación temporal y descentralización productiva”, *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 115-128.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2022): “RDL 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, AEDTSS, 2022 <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-temporales.-Regimen-transitorio-ana.pdf>
- GARCÍA BLASCO, J.: “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de trabajo”, AEDTSS (2022), <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf>
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M.C.: “El contrato de obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”. Trabajo y derecho.
- LLORENTE, P. Y PAVÍA, J.: “La regulación de la contratación por tiempo determinado en el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”, Diario La Ley, núm 1004, 07-02-2022.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Breve anotación a la reforma laboral”, AEDTSS, 2022, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”, blog Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogia-de-la-sensatez/>
- MONTOYA MEDINA, D.: “La contratación por tiempo determinado y la prevención de su abuso en el Reino Unido”. Relaciones Laborales, 10, 2012.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2022): “Contrato por circunstancias de la producción”, AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>
- SALA FRANCO, T.: “El Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”, 2022, AEDTSS, <https://www.aedtss.com/el-real-decreto-ley-32-2021-de-28-de-diciembre-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-laboral-la-garantia-de-la-estabilidad-en-el-empleo-y-la-transformacion-del-mercado-de-trabajo/>
- SUÁREZ CORUJO, B. (2018): “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, Documentación Laboral, 115: 93-102.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021”, AEDTSS, 2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/BRIEF-AEDTSS-eduardo-rojo.pdf>
- ROJO TORRECILLA, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021. Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre”, en https://www.academia.edu/67901830/Estudio_de_la_reforma_laboral_Real_Decreto-Ley_32_de_28_12_2021
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2010): “25 años de precariedad en la contratación laboral”. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 2, 2010: 615-660.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: *La precariedad laboral en España*, Comares, Granada, 2004
- VICENTE-PALACIO, A.: “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo- discontinuo!”, AEDTSS, 2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>