

LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL COYUNTURAL EN EL RDL 32/2021

THE REFORM OF TEMPORARY HIRING CONJUNCTURAL IN THE RDL 32/2021

Fco. Javier Calvo Gallego

Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla¹

Orcid: 0000-0001-7999-2740

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la reforma de la contratación temporal causal y de las reglas destinadas a evitar su utilización abusiva en el Real Decreto-ley 32/2021. Tras una contextualización histórica, se aborda la desaparición del contrato de obra o servicio, analizando los problemas transitorios y su posible renacer en el ámbito público. Finalmente, se aportan algunos datos sobre el posible impacto de esta medida. Desde esta perspectiva se estudian las posibles vías o puertos que podrían utilizarse ante esta derogación, destacando la nueva regulación del contrato por circunstancias de la producción –en especial en los supuestos de necesidades ocasionales pero previsibles, singularmente importantes para el sector agrícola; el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción; o el contrato fijo discontinuo para las empresas de servicios o cuya actividad consista básicamente en la subcontratación empresarial. Con estas premisas se analizan las reformas de estas modalidades, así como las nuevas reglas en materia de sucesión de contratos o de rotación de trabajadores en el mismo puesto de trabajo, así como la sobrecotización para

1. Este trabajo se inserta en el ámbito del proyecto de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (US-1264479) financiado con fondos FEDER.

contratos temporales inferiores a treinta días. Ya por último se analizan los nuevos derechos de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva.

PALABRAS CLAVE: precariedad, obra o servicio determinado, eventual, fijo discontinuo, transformación en fijo, sobrecotización.

ABSTRACT: This paper analyses the reform by Royal Decree-Law 32/2021 of the temporary contracts legal framework and the rules designed to prevent its abusive use. After a historical contextualization, the disappearance of the contract for the performance of specific work or service is addressed, analyzing also the transitory problems and its possible rebirth in the public sphere. Finally, some data on the possible impact of this measure are provided. From this perspective, the possible routes or ports that could be used before this repeal are studied, highlighting the new regulation of the contract due to production circumstances –especially in cases of occasional but foreseeable needs, which are particularly important for the agricultural sector–; the new indefinite contract assigned to work in the construction sector; or the discontinuous fixed contract for service companies or for those whose activity basically consists of business subcontracting. According to these premises, the reforms of these modalities are also analyzed, as well as the new rules regarding the succession of contracts or the rotation of workers in the same job, as well as the overquotation for temporary contracts of less than thirty days. Finally, the new rights of legal representation of workers and collective bargaining in this field are also analyzed.

KEYWORDS: precariousness, contract for the performance of specific work or service, contract due to production circumstances, labour reform.

SUMARIO: 1. DE LA DEROGACIÓN DE LA REFORMA DE 2012 A UN OBJETIVO PROPIO Y ACTUAL: LA LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD CONTRACTUAL Y SALARIAL. 2. LA LUCHA CONTRA LA TEMPORALIDAD: ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO. 3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN: IDEAS GENERALES SOBRE LOS MECANISMOS DE ACTUACIÓN. 4. LA DESAPARICIÓN RADICAL, O NO TANTO, DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO: DATOS PARA VALORAR SU POSIBLE IMPACTO. 4.1. La desaparición de una institución tradicional. 4.2. La singular transición y los problemas de derecho transitorio. 4.3. La situación de los contratos formalizados previamente: su singularidad en el caso del sector público. 4.4. ¿Un renacimiento en el sector público?: la da 5 rdl 32/2021. 4.5. Algunos datos para valorar el impacto de esta medida. 5. EL CONTRATO –O CONTRATOS– POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: SUBTIPOS Y CAPACIDAD DE REABSORBER A LOS ANTIGUOS CONTRATOS DE OBRA. 5.1. El primer subtipo: ¿el viejo contrato eventual con modificaciones o una nueva modalidad que absorbe aquella? 5.2. El segundo subtipo: los contratos ocasionales por necesidades previsibles, pero de escasa duración. 6. LA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO

“ADSCRITO A OBRA”. 6.1. Encuadramiento histórico: el origen de la institución y del problema. 6.2. De nuevo sobre los problemas transitorios. 6.3. Algunas notas sobre la nueva regulación. 7. LA MODALIDAD “ESTRELLA” DE LA NUEVA REFORMA: EL NUEVO CONTRATO FIJO DISCONTINUO. 8. UNA REFORMA “MENOR”: DEL CONTRATO DE INTERINIDAD AL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN. 9. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO (I): EL NUEVO ART. 15.5 ET. 10. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO (II): COTIZACIÓN ADICIONAL Y PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 10.1. La cotización adicional en la nueva redacción del art. 151 lgs. 10.2. El papel de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva. I I. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. DE LA DEROGACIÓN DE LA REFORMA DE 2012 A UN OBJETIVO PROPIO Y ACTUAL: LA LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD CONTRACTUAL Y SALARIAL

Resulta llamativo comprobar cómo durante buena parte de esta legislatura, el debate sobre el contenido de la reforma laboral de 2021 pareció centrarse, especialmente entre los socios del actual ejecutivo –e incluso entre los grupos que más habitualmente lo apoyan– en una cuestión aparentemente terminológica, pero que, sin embargo, encerraba una conclusión de hondo calado; esto es, si la “reforma laboral” comprometida en el pacto de legislatura supondría, o no, la derogación íntegra de la reforma de 2012².

No vamos a recordar aquí la posición a este respecto de los distintos partidos, grupos y ministerios implicados, pero sí a señalar como durante mucho tiempo esta reforma se presentó, al menos por algunos de estos actores, como una vía para recuperar los derechos laborales perdidos, no solo en la reforma de 2012, sino incluso –y lo que era aún más improbable– en la reforma de 2010. En cambio, para otros, esta reforma debería centrarse solo en aquellos aspectos “más lesivos” o regresivos de aquella y, obviamente, en los aspectos que el mismo Pacto de legislatura consideraba “en concreto” como de “carácter urgente”.

Pues bien, una vez conocido su texto “definitivo”, fruto además de un acuerdo social tripartito –como mecanismo retomado y destacado tanto en el Pacto de legislatura, como en el posterior Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia³–, lo primero que salta a la vista es que esta tan cacareada “derogación” –entendida incluso

2. Véase el Punto 1.3 del documento *Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España*, disponible aún el 30 de diciembre de 2021 en <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

3. Véanse, por ejemplo, las páginas 29, 35, 38 y sobre todo 41 del mencionado documento que señalaba expresamente cómo: “El diálogo social es un instrumento clave para la articulación de las reformas contenidas en el presente Plan”. Su texto se encontraba disponible el 30 de diciembre de 2021

en una acepción meramente material y no formal–, aun siendo ciertamente importante –que no total– en el plano específico de la negociación colectiva –ultraactividad y prioridad del convenio de empresa– no lo es, ni mucho menos, en relación con los aspectos individuales del contrato de trabajo. Y ello ya que si bien el reciente acuerdo a tres bandas supone ciertamente la eliminación de buena parte –que no de todas– de las innovaciones incorporadas por el artículo 14 de la Ley 3/2012 –llama, eso sí, la atención la omisión de cualquier referencia al mecanismo de descuelgue, quizás, por su escasa utilización– poco o nada se altera –ni, desde luego se deroga– en relación con otras cuestiones igualmente incorporadas en aquella reforma como la intermediación en el mercado de trabajo, la clasificación profesional, el tiempo de trabajo, la movilidad funcional y geográfica, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o, sobre todo, las relativas a las reglas de despido.

De hecho, y en relación con este último punto, nos limitaremos aquí a resaltar como, más allá de anteriores derogaciones puntuales, centradas en alguna de las más discutidas causas relativas al despido objetivo y ya previstas en el acuerdo de legislatura, no existe en el nuevo acuerdo atisbo alguno de una eliminación radical de las profundas –o muy profundas– modificaciones que aquella reforma de 2012 incorporó en materia de extinción contractual. De hecho, en este campo la nueva reforma se limita, salvo error u omisión por nuestra parte, a derogar la disposición adicional decimosexta –obsérvese, no la decimoséptima, lo que quizás hubiera sido deseable–, a incluir una nueva causa de extinción en el caso del contrato indefinido adscrito a obra en la construcción –sobre el que volveremos casi inmediatamente–, y a incorporar, con la experiencia de la anterior pandemia, instrumentos suspensivos que faciliten su utilización en crisis globales o sectoriales, desincentivando así las extinciones contractuales. En cambio, y esto es lo llamativo, no hay modificación alguna de las reglas básicas del despido colectivo, tanto en sus aspectos procedimentales como causales, como tampoco la hay en la cuantificación de la indemnización en el caso de ser declarado improcedente. En estos aspectos, llamativamente, la reforma de 2012 –y, obviamente la de 2010– se mantiene incólume, lo que quizás haya permitido las cesiones empresariales en otros campos. Pero no adelantemos acontecimientos.

Por ahora lo que nos interesa resaltar es que de toda esta continuidad se deduce claramente que la reforma de 2021 no supone, por tanto, una simple derogación de la mayoría de las normas incorporadas en 2012. No es ese, por consiguiente, su objetivo ni su finalidad principal. El nuevo Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre no es una simple vuelta atrás a regulaciones históricas, difícilmente compatibles con las actuales dinámicas de nuestro sistema de relaciones laborales.

en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

Muy al contrario, basta una lectura de sus contenidos, tanto desde una perspectiva cualitativa, como incluso también cuantitativa, para constatar rápidamente como, en realidad, esta nueva reforma de 2021 tiene, en primer lugar, un objetivo distinto, propio y específico que va mucho más allá de volver atrás, a la situación previa a las reformas de 2012 o incluso de 2010. Y ello ya que, aun implícitamente, la reforma parece dar por buena, mediante un acuerdo social, y por tanto a postular la conservación de muchas de aquellas reglas y, sobre todo, las del despido. Pero a cambio, se logra, no ya solo volver atrás en determinados aspectos de la reforma de 2012 (en especial, repetimos, en sede de negociación colectiva), sino también ir mucho más allá de la situación de origen en aquel año, actuando de una forma extraordinariamente decidida –y quizás, como nunca se había hecho– frente al verdadero problema que intenta atajar y que no es otro, al menos a mi juicio, que el de la precariedad laboral, tanto contractual, como salarial.

En ese sentido, la reiteración en los dos primeros párrafos del Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021 de este término, precariedad, demuestra claramente que es la lucha contra esta lacra y sus externalidades de todo tipo, el objetivo nuclear que engarza y articula toda esta parte de la reforma que, obviamente, deberá continuarse con la relativa a las políticas de empleo. Es desde esta perspectiva desde la que, por ejemplo, se derogan, aquí sí, los aspectos más lesivos que para la negociación colectiva como instrumento básico de fijación salarial, incorporó la reforma laboral de 2012 –prioridad aplicativa del convenio de empresa y negación de la ultraactividad–. Pero junto a ello, y esto es lo importante, asistimos a una densa, pero sobre todo incisiva, regulación destinada a luchar contra la temporalidad, la dualidad y la segregación. Y ello, repetimos, no ya tanto mediante una vuelta atrás a una regulación que, como veremos, nunca fue realmente efectiva en este tema, sino mediante medidas que, aunque ciertamente enlazadas con toda una línea legislativa iniciada seguramente en 1992-1994, van mucho más allá y que, al menos a mi juicio, pueden tener por primera vez un efecto real y sustancial sobre la tasa de temporalidad en nuestro país.

En definitiva, la reforma de 2021 no es, por tanto, una simple contrarreforma laboral destinada a eliminar la reforma de 2012; no es un intento, seguramente desfasado, de intentar retornar a una realidad probablemente superada. Muy al contrario, es, por un lado, una aceptación sindical de ciertos contenidos de aquella, a cambio, eso sí, de una profunda revisión de determinados marcos del ordenamiento laboral, con una finalidad específica y modernizadora –la lucha contra la precariedad– que, aunque ciertamente relacionada con la anterior, no se limita a eliminar aquellos aspectos más lesivos en materia salarial, especialmente para los trabajadores o colectivos más vulnerables, sino que además incorpora reglas nuevas, singulares, y si se nos permite, por primera vez potentes, en la lucha contra la temporalidad.

De este modo, el nuevo acuerdo vendría así a conectar y continuar con una senda ciertamente clara de este ejecutivo y que la vincularía con otras medidas destinadas

a actuar contra la precariedad, la desigualdad y la pobreza laboral como serían, por ejemplo⁴, la notable subida del Salario Mínimo Interprofesional⁵, la fijación de reglas contra los abusos en las jornadas, especialmente en el caso de los trabajadores a tiempo parcial⁶, la lucha contra el ciberprecariado y los falsos autónomos en los trabajos de plataforma⁷, la regulación estable del teletrabajo⁸ o la necesaria lucha contra los abusos en la contratación temporal en el ámbito público, introducidas casi coetáneamente a la reforma por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio y, reforzadas, sobre todo, por la disposición adicional sexta de la correlativa Ley de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Medidas, todas ellas, destinadas a luchar contra la precariedad como idea clave, como mantra, de una reforma que, por lo demás, debemos de reconocerlo, se diseñaba ya en sus aspectos nucleares tanto en los “contenidos urgentes” del Pacto de legislatura, como, y sobre todo, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁹.

2. LA LUCHA CONTRA LA TEMPORALIDAD: ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO

Pues bien, desde esta perspectiva, y ya en su faceta más concreta, que podríamos denominar de “lucha contra la precariedad causada por la temporalidad”, lo primero que debe destacarse es, por un lado, lo que este acuerdo supone de continuidad con toda una larga tradición normativa en nuestro ordenamiento; pero, también, y en segundo lugar, las indudables novedades que este mismo acuerdo conlleva y que sin duda le aportan una notable singularidad que, al menos a mi juicio, acabará reflejándose también en los futuros datos estadísticos, antes incluso del plazo trianual establecido a efectos de evaluación en la nueva DA 24 ET.

4. Véase igualmente la derogación de múltiples medidas contemplada en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre o la DA 5 de esta misma norma en relación con la Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas que, salvo error u omisión por nuestra parte, sigue esperando su necesario desarrollo. Igualmente, en este campo debería destacarse el RD 902/2020 de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, así como el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

5. Véase, sobre todo, Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019; Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero y Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021

6. Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo

7. Ley 12/2021, de 28 de septiembre, fruto del previo Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

8. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

9. Fundamentalmente, y como reconoce el propio Preámbulo del RDL 32/2021, de su Componente 23

Desde estas premisas, suele ser un lugar común señalar como una de las principales notas que han definido durante estos últimos veinte años al mercado de trabajo español ha sido y es –junto con otras, obviamente, como la escasa participación femenina y su elevado desempleo– la altísima temporalidad y, por consiguiente, la alta reactividad/volatilidad que nuestro sistema presenta, en especial en los supuestos de crisis económicas. Baste señalar que, como se aprecia infra en la Tabla 1, España presenta casi el doble de “temporalidad” que la media tanto de la EU como de la Eurozona con las consiguientes externalidades de todo tipo que ello genera y en las que, por cierto, con indudable acierto se recrea el Preámbulo del reciente Real Decreto-ley.

Tabla 1. Empleados temporales como porcentaje del número total de empleados(entre 15 y 64 años), tercer cuatrimestre de cada año

GEO/TIME	1998	2000	2005	2010	2012	2014	2016	2018	2019	2020	2021
EU-27	:	:	15,9	15,7	15,2	15,7	16,0	15,9	15,2	13,6	14,3
Euroárea 19	:	:	16,4	15,8	15,4	15,5	16,1	16,6	16,0	14,3	15,7
Belgica	:	9,1	9,0	8,2	8,1	8,7	8,9	11,1	11,3	10,5	11,0
Dinamarca	:	10,2	10,3	8,6	8,6	8,2	12,5	10,3	11,1	10,8	11,5
Alemania	:	:	14,4	14,8	13,8	13,2	13,2	12,5	11,8	:	11,2
Irlanda	:	7,8	4,9	11,2	11,2	10,7	9,6	11,1	10,3	9,1	10,6
Grecia	12,9	14,5	12,3	13,3	10,8	13,0	12,1	12,7	14,1	10,5	11,8
España	33,4	32,6	34,5	25,4	23,9	24,7	27,0	27,5	26,8	24,3	26,1
Francia	:	:	14,9	15,8	15,7	15,9	16,9	17,0	16,6	16,0	15,8
Italia	9,2	10,3	12,2	12,8	14,2	14,1	14,7	18,0	17,7	15,5	17,1
Países Bajos	:	14,0	15,8	18,4	19,5	21,8	21,1	21,8	20,3	17,5	27,2
Austria	:	:	9,7	10,3	9,8	9,8	9,6	9,8	9,1	8,8	9,8
Polonia	:	5,9	26,3	28,1	26,7	28,8	27,3	23,8	21,3	18,0	13,8
Portugal	17,7	20,3	19,9	23,0	21,2	22,0	22,4	22,3	20,5	17,3	17,3
Suecia	:	:	17,1	17,7	17,0	18,5	17,1	17,3	16,7	15,8	15,9
Islandia	:	:	6,1	15,2	16,5	16,1	14,0	11,1	10,2	11,3	16,3
Noruega	:	:	10,8	8,9	9,4	8,6	9,5	9,1	8,8	8,6	9,8
Suiza	:	:	:	13,4	12,9	13,6	12,9	13,5	13,0	12,8	13,4

Fuente: Eurostat, LFS series - detailed quarterly survey results (from 1998 onwards; lfsq_etpga)

Estos datos reflejan un dato evidente: esto es, que durante cerca de veinte años la temporalidad se ha convertido en la “forma española de flexibilidad” frente a otros instrumentos más comunes en otros países como el trabajo a tiempo parcial (por ejemplo, Austria o, sobre todo, en Países Bajos) o el trabajo autónomo (por ejemplo, tradicionalmente Italia), aunque sobre esto último volveremos brevemente al final de este apartado.

Por ahora, y aunque sea a efectos expositivos, nos interesa recordar otro factor ciertamente importante; esto es, que la irrupción de la temporalidad en nuestro sistema, allá por los años ochenta del siglo pasado –básicamente a través de la Ley 32/1984 de 2 de agosto y el RD 1989/1984 17 de octubre-¹⁰, se justificó, básicamente, como un mecanismo de fomento del empleo destinado a permitir la conservación de las reglas tradicionales del ordenamiento laboral para los varones con responsabilidades familiares, trasladando así toda la flexibilidad/precariedad a los jóvenes y a las mujeres que retornaban o ingresaban en aquel momento al mercado de trabajo (“flexibilidad al margen”). De este modo, la conservación de las reglas tradicionales –especial, aunque no exclusivamente en relación con la indemnización por despido improcedente y el procedimiento y las causas del despido colectivo– en un contexto de postulada flexibilización como medida de fomento del empleo, se logró mediante una segmentación del mercado de trabajo, una dualización del mismo, en principio aparentemente temporal (esto es, en la fase de entrada), pero que, sobre todo para determinados segmentos de escasa cualificación y para determinados sectores productivos, acabó convirtiéndose en un dato estructural, en una trampa de la que era prácticamente imposible escapar, con las consiguientes externalidades que esta “cultura de la temporalidad” generaba, no solo para estas personas, sino también para el propio sistema productivo y la entera sociedad¹¹.

Fue esta lógica implícita la que hizo que, cuando en especial a partir de 1994¹², la lucha contra la temporalidad empiece a convertirse en el mantra de las sucesivas reformas laborales –prácticamente de todas, salvo la de 2012–, lo haga desde una doble perspectiva: de un lado, mediante el endurecimiento de las reglas de la contratación temporal –ya sea en relación con sus costes como en relación con sus causas y posibilidades de actuación– pero también, y sobre todo, flexibilizando e incentivando –las famosas “bonificaciones”- la contratación indefinida, ya sea de un sector de la misma –los ya derogados contratos de fomento de la contratación indefinida– como, y sobre

10. Sobre el nacimiento de estas vías y su desarrollo nos remitimos por todos a I. Flórez Saborido, *La contratación laboral como medida de política de empleo en España*, CES, Madrid, 1994.

11. Sobre el tema, véase por todos, AAVV., *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, (dir. L. Toharia), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005.

12. El cambio de tendencia hacia la bonificación solo de la contratación indefinida y hacia una mayor estabilidad de la contratación laboral temporal puede no obstante apreciarse ya en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo

todo, mediante una progresiva labor de zapa de sus reglas protectoras más tradicionales, sacrificadas ahora, paradójicamente, para facilitar la salida de la temporalidad a estos “outsiders”¹³.

Como decimos, estas dos líneas, con mayor o menor intensidad, pueden detectarse en las sucesivas reformas que desde 1994 van a marcar nuestro sistema de relaciones laborales, todas ellas, si se nos permite, con escasos o mínimos éxitos. Así, por ejemplo, y muy brevemente, si la reforma de 1994 apostó por la casi desaparición de los contratos temporales no causales y una mayor flexibilidad interna de la relación indefinida¹⁴, la experiencia demostró que la simple eliminación de una vía –los contratos temporales no causales de fomento de la contratación¹⁵– solo conducía a su trasvase a otras modalidades cuya causalidad –obra o servicio y eventuales fundamentalmente– se vio incluso mermada no solo por algunos convenios colectivos fundamentalmente provinciales¹⁶, sino también por una jurisprudencia que incentivó, de un lado, el uso del contrato de obra o servicio, y que por el otro, tendió durante mucho tiempo a reducir las consecuencias perjudiciales de su uso fraudulento de la contratación temporal para el empleador en el sector público, dando lugar así a una realidad que, dejando a un lado su derivada europea, ha tenido que motivar la reciente Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

En cualquier caso, unas líneas similares se encuentran presentes en la reforma de 1997¹⁷, fruto del –obsérvese la denominación– el previo Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo. De hecho, en esta reforma, se introdujeron importantes modificaciones en relación con los contratos formativos y temporales, como,

13. Como es bien sabido esta dicotomía entre insiders y outsiders –cuyo origen se encuentra en la distinción entre empleados y desempleados– fue igualmente utilizada de forma extraordinariamente amplia por alguna Fundación para postular una progresiva reducción de derechos de los trabajadores indefinidos y temporales hasta llegar, obviamente, a la conocida propuesta del contrato único... o no tanto.

14. Véase la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

15. De hecho, el RD Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regulaba la contratación temporal como medida de fomento del empleo fue derogado por la Ley 10/1994, de 19 de mayo. Véase, no obstante, el art. 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

16. Nos remitimos, evidentemente, al valioso estudio de Ricardo Escudero Rodríguez “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1997, n.1., pág. 205 y sig.

17. Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, y la posterior Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida que ya señalaba expresamente cómo objetivo “luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo, en especial del empleo estable. Es evidente, según señalan los agentes sociales, que el funcionamiento del mercado laboral en la actualidad no resulta el más adecuado para basar sobre él un modelo de relaciones laborales estable, ya que perjudica tanto a las empresas como a los trabajadores, por lo que las medidas que se proponen a los Poderes Públicos pretenden contribuir a la competitividad de las empresas, a la mejora del empleo y a la reducción de la temporalidad y rotación del mismo”.

por ejemplo, la eliminación del contrato de lanzamiento de nueva actividad, una “especificación y delimitación” de los contratos de obra y eventuales y, sobre todo, la eliminación de la mención específica a la contratación temporal como medida de fomento del empleo. Pero, por el otro, tampoco cabe olvidar cómo esta misma norma procedió, igualmente, a incorporar, de forma aparentemente transitoria, un denominado contrato para el fomento de la contratación indefinida, en el que, por primera vez, se detectaba una indemnización reducida por despido improcedente de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades.

En este contexto, y tras el relativo fracaso que supuso en 1998 la reforma del contrato a tiempo parcial como posible vía alternativa de flexibilidad –relativamente frecuente en otros países de Europa, como ya hemos señalado–, lo cierto es que las reformas de 2001¹⁸ y 2002 siguieron unas líneas similares –aunque, obviamente, con algunas peculiaridades– a las antes señaladas. Y ello ya que si bien es cierto que en las mismas se incorporó una indemnización de precariedad para los principales contratos temporales de ocho días de salario por año de servicio, al mismo tiempo que se realizaba, eso sí, una “tibia” –o muy tibia– transposición Directiva de 1999/70 y se apostaba por una forma mucho más flexible de contratación a tiempo parcial, no lo es menos que estas mismas normas incorporaron un nuevo contrato temporal de inserción, del mismo modo que se amplió el uso para determinados colectivos del contrato de formación. Y todo ello sin olvidar la aparente normalización y generalización del contrato del contrato de fomento de la contratación indefinida.

No obstante, la reforma fundamental en materia de coste de extinción, aparentemente para el contrato indefinido, se produjo con el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, y la posterior Ley 45/2002. Y ello ya que en ambas normas se que procedió a eliminar, de iure en el primer caso, y de facto en el segundo, a través de los denominados despidos exprés, los salarios de tramitación, con un efecto, sin embargo, y al menos a mi juicio, especialmente contraproducente en relación con la temporalidad. Y ello ya que, al eliminar el núcleo de la indemnización en los supuestos de contratos temporales de escasa duración, se desincentivaron las reclamaciones individuales ante lo mísero de las mismas y su efecto contraproducente en las expectativas de una nueva contratación por el mismo empresario.

En cualquier caso, el fin seguramente de todo este ciclo se produce con las reformas de 2006¹⁹ y, en menor medida, de 2010. Así, en la primera todavía es posible encontrar, por un lado, un fuerte incentivo económico a la transformación de contratos temporales en indefinidos, al mismo tiempo que no solo se eliminaba el contrato de inserción, sino que además, se sustituía la vieja y genérica remisión a la negociación

18. Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo y Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

19. Véanse Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo y la posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

colectiva en el establecimiento de medidas de lucha contra la temporalidad, por otra más concreta para la sucesión de trabajadores en el mismo puesto de trabajo, estableciendo legalmente la conversión de aquellos contratos temporales de trabajadores que hubieran prestado servicios de este tipo en el mismo puesto de trabajo mediante dos o más contratos durante veinticuatro meses en un periodo de treinta.

Y, por su parte, la reforma de 2010 procedió, no solo a limitar la duración máxima del contrato de obra o servicio o a eliminar la controvertida exigencia del puesto de trabajo del art. 15.5 ET, sino que además procedió a establecer un sistema destinado a intentar equiparar los costes empresariales de extinción entre los contratos temporales estructurales –cuya indemnización se elevaba ahora a doce días de salario por año de servicio– y la extinción procedente por causas empresariales de los nuevos contratos indefinidos –recuérdese la DT 3 de la Ley 35/2010²⁰.

Pues bien, y como decimos, lo más llamativo es que, frente a toda esta tradición reformista caracterizada, como decimos, por la doble vía de endurecer, limitar y encarecer la contratación temporal, y de flexibilizar la contratación indefinida, la reforma de 2012, lejos de esta dualidad se centró prácticamente de forma exclusiva en esta segunda, al reducir, sobre todo, las indemnizaciones por despido improcedente y al facilitar los despidos colectivos y objetivos por causas empresariales. Y ello ya que seguramente en esta reforma la lucha contra la temporalidad era un objetivo menor o prácticamente inexistente ante la caída de esta tasa –véase el salto del año 2005 al 2010 en la Tabla 1 o más detalladamente el Gráfico 1– como consecuencia de la focalización en estos contratos del primer proceso de destrucción, especialmente intenso en el sector de la construcción²¹. Buena prueba de ello fue la posterior aparición incluso de nuevas formas de contratos temporales de fomento del empleo como el de primer empleo joven²². En realidad, lo que hoy es indudable es que el objetivo de aquella reforma fue presionar para lograr una devaluación salarial que, no obstante, afectó principalmente a los más débiles provocando un crecimiento exponencial de la desigualdad, de la precariedad y del colectivo de trabajadores pobres²³.

Sea como fuere, y tras este brevísimo repaso, solo querríamos destacar dos ideas. La primera es, llamativamente, el escaso efecto de buena parte de estas medidas.

20. Véase, no obstante, el RD-ley 10/2011, de 26 de agosto que anticipaba ya el cambio de corriente y que anticipaba, nuevamente, una menor atención en la lucha contra la temporalidad que se supeeditaba, nuevamente, a la creación de empleo en un entorno de fortísima crisis del mismo.

21. Véase, por ejemplo R. Lorente Campos, A. Guamán Hernández, “Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España: ¿La irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo?”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, n. 36, pág. 52.

22. Véanse art. 12 de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

23. En relación con esta figura nos remitimos a lo que ya en su momento señalamos en AAVV., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, (dir. F.J. Calvo, R. Gómez-Álvarez), Laborum, Murcia, 2017.

Como puede apreciarse en el Gráfico 1, a pesar de todas estas reformas el porcentaje de trabajadores asalariados con contratos temporales sobre el total de asalariados –eje izquierdo– nunca ha bajado desde 1998 del 20%, situándose siempre –como puede observarse en el Gráfico 2, referido, eso sí, solo a las personas entre 20 y 64 años sobre el total de empleados– como uno de los rasgos específicos en nuestro sistema, incluso por encima de Polonia o Portugal aunque llamativamente superado, al menos en los últimos datos, por Países Bajos.

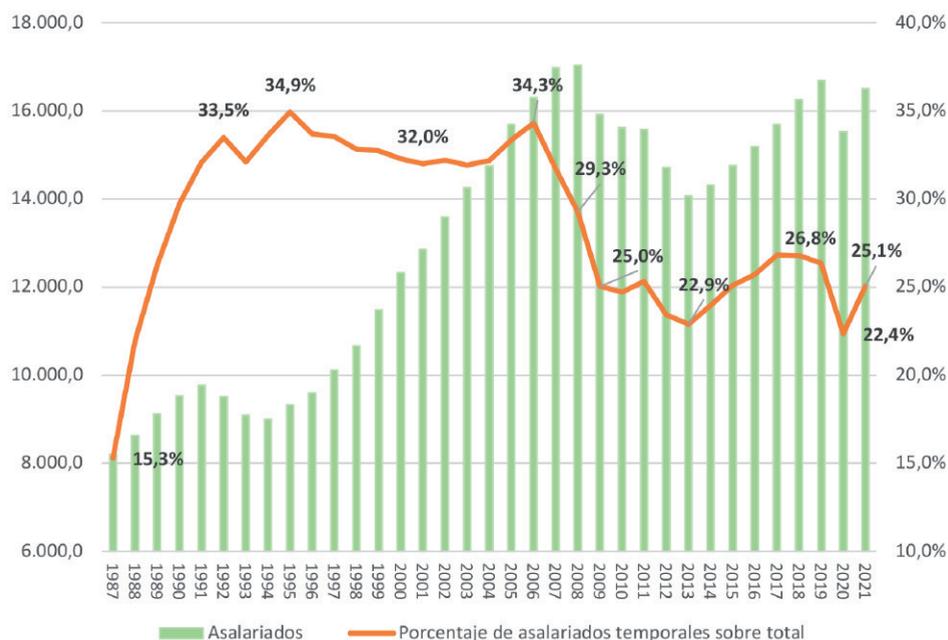


Gráfico 1. Porcentaje de asalariados sobre el total en segundos trimestres (1993-2021). Fuente: INE, EPA y elaboración propia

De hecho, y como puede apreciarse nuevamente en el Gráfico 1, tras una primera etapa –entre 1984-1995–, de crecimiento exponencial, y una vez alcanzada la que podríamos denominar su “cota” entonces “estructural”, en el entorno del treinta por ciento, el crecimiento del empleo y las sucesivas reformas –segunda etapa 1995-2006– apenas van a tener impacto sobre esta tasa.

Es cierto que en los dos años siguientes a la reforma de 2006 –se toman siempre los segundos trimestres del año– se aprecia una notable caída en esta ratio, sin la correlativa caída de asalariados, lo que puede reflejar un cierto impacto de aquella reforma.

Pero no lo es menos que a continuación, su espectacular caída a partir de ese año 2008 y hasta el año 2013 parece ser consecuencia más de la abrupta caída del empleo ligadas a estas crisis, que se cebaron especialmente en el empleo temporal, que al impacto de las sucesivas reformas, en especial la del 2010 y, como ya hemos señalado, la de 2012 en la que la preocupación por la temporalidad es escasa, cuando no prácticamente inexistente.

De hecho, lo cierto es que cuando comienza la recuperación –cuarta fase–, esta es especialmente intensa en los contratos temporales como demuestra el incremento de esta tasa de temporalidad que, no obstante, alcanza solo cotas del 26% justo antes de la empezar la pandemia. Y el ya señalado rebote de esta misma tasa en el año 2021 parece demostrar esta especial debilidad de los contratos temporales en épocas de crisis, pero su acelerada utilización en épocas de recuperación.

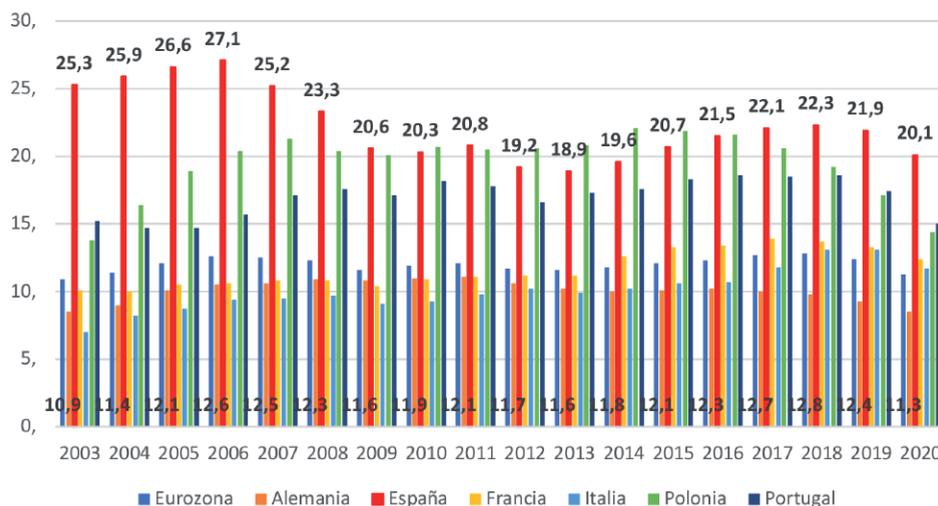


Gráfico 2. Temporary contracts, percentage of total employment (20 to 64 years) (2003-2020) annual data. Fuente: Eurostat, Labour Force Survey

En cualquier caso, lo que sí resulta llamativo es que esta relativa reducción en el uso porcentual de la contratación temporal no ha supuesto una reducción idéntica en la utilización de contratos atípicos. Y ello ya que en una parte ciertamente significativa esta caída se ha visto compensada por la más frecuente utilización de otras medidas de flexibilidad como el trabajo a tiempo parcial. De hecho, y como puede apreciarse en el Gráfico 3 el porcentaje de atipicidad sobre el total de la ocupación se ha mantenido –dejando a un lado su caída en las fases de más intensa crisis– en el entorno del 35%, aunque obviamente el uso del contrato a tiempo parcial en nuestro país está lejos de la media europea.

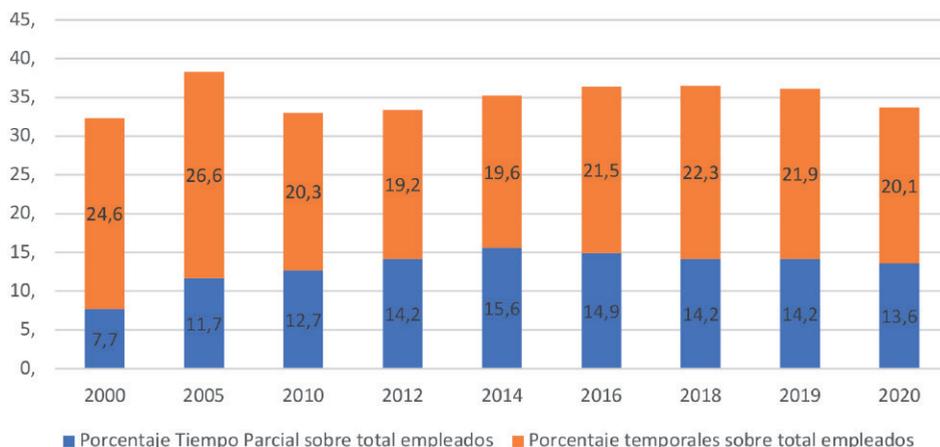


Gráfico 3. Porcentaje de trabajadores a tiempo parcial y temporales sobre el total de empleo. Fuente: Eurostat, European labour Force Survey (1993-2020) - annual data [LFSI_PT_A_H__custom_1834225]

Ello podría ser reflejo de un cierto cambio en el uso de los mecanismos de flexibilidad por parte de nuestros empresarios, aunque no así de la intensidad de la precariedad, sobre todo si tenemos en cuenta el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial involuntarios y los abusos que en ocasiones se han detectado y que motivaron, en su momento, la aprobación del Real Decreto-ley 8/2019 de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN:

IDEAS GENERALES SOBRE LOS MECANISMOS DE ACTUACIÓN

Pues bien, tras esta contextualización inicial es posible abordar ya algunos de los rasgos generales del reciente acuerdo social y del correlativo Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Se trata, obviamente, unas notas breves y fundamentalmente introductorias, que serán desarrolladas en estudios específicos –sobre la reforma de los contratos temporales estructurales, de los contratos formativos y del innominado, pero real, contrato indefinido de obra en el sector de la construcción– a los que nos comprometemos desde este proyecto de investigación.

Desde estas premisas, lo primero que seguramente debe destacarse en relación con las líneas estratégicas acogidas por la reforma de 2021 es que, a diferencia del resto de reformas desde 1994, en esta ocasión el acuerdo se ha centrado casi exclusivamente en

la reducción de las causas y en el incremento de las limitaciones o de los condicionantes de la contratación temporal (esto es, en lo que antes denominábamos endurecimiento de la contratación temporal), prestando en cambio un menor interés a la flexibilidad interna y, sobre todo, a la flexibilidad externa de la relación común o indefinida. De hecho, basta una rápida lectura del RDL 32/2021 para constatar cómo, salvo la incorporación de mecanismos de suspensión –que, llamativamente, lo que hacen es desincentivar el despido–, poco o nada se ha hecho en relación con el régimen “general”, con la flexibilidad en la gestión y en la extinción de la relación laboral típica o común. Y ello, seguramente, ya que los agentes sociales y el propio gobierno consideraron que esa labor ya la realizó –decididamente añadimos nosotros– el legislador de 2012.

Cuestión distinta, y que también hemos avanzado, es que esta misma omisión puede también interpretarse como una renuncia sindical a su modificación y, por tanto, a una aceptación tácita de aquellas mismas reglas que, incorporadas como contenido implícito, representarían, al menos a mi juicio, un notable éxito de las asociaciones empresariales y una importante, aunque comprensible concesión de las organizaciones sindicales en la inevitable transacción que todo acuerdo conlleva. Por tanto, y desde esta perspectiva, la reforma laboral de 2021, en materia de contratación temporal, más que una “demolición” de las reglas que en este campo conllevó la legislación de 2012 –prácticamente inexistentes– habría supuesto su “complemento”, equilibrando aquella y cubriendo una importante laguna que aquel legislador, en aquel momento, no pudo o no quiso cubrir.

Un segundo elemento importante, al menos a mi juicio, es que, a diferencia también de nuestra experiencia histórica, y sobre todo de la reforma de 2006, las partes parecen haber renunciado al uso, hasta 2012 bastante generalizado, de los mecanismos de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social como instrumento clave en el fomento de la contratación indefinida. De hecho, basta observar la composición del acuerdo y compararla con la estructura de leyes como la 64/997, la 10/2001, o la 43/2006 para comprender lo que decimos.

Se trata de una opción, al menos a nuestro juicio absolutamente acertada, ya que, como han demostrado diversos estudios, tanto del profesor Toharia²⁴ como de la Agencia de Evaluación y Calidad²⁵, e incluso se reconoció en algún momento por el propio legislador²⁶, estas bonificaciones, sobre todo cuando eran generalizadas, te-

24. *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación microeconómica e institucional*, en especial, pág. 270 (disponible el 1 de enero de 2022 en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/62d7c3ea-0908-4706-8dfa-6c2607661a8f/F81_07N.pdf?MOD=AJPERES)

25. AEEVAL *Evaluación sobre la política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, 2009, en especial pág. 109 y 110. Posteriormente una opinión quizás más matizada en AIREF, *Incentivos a la contratación*, octubre 2020.

26. Véase en este sentido el Preámbulo del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio que señala cómo: “la incidencia la han soportado especialmente aquellos gastos más superfluos o con efectos más

nían un importante efecto peso muerto y un muy reducido efecto sustitución, lo que no justificaría su coste y haría dudar de su eficacia y, desde luego, de su eficiencia.

En tercer lugar, es igualmente importante destacar que a diferencia también de otras reformas anteriores, en este caso no se ha abordado en profundidad el contrato a tiempo parcial como posible vía alternativa al contrato temporal y, por tanto, como instrumento hipotéticamente “menos lesivo” de flexibilidad, aunque sea igualmente atípica. A nuestro juicio, la auténtica reforma material de esta modalidad se produjo mucho antes, con el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que, como es bien sabido, vino a evitar una parte fundamental de los abusos de estas trabajadoras. En cambio, ahora, el RDL 32/2021 se “limita” a derogar el art. 12.3 ET para dar así más espacio al instrumento realmente central en esta reforma como es el nuevo contrato-fijo discontinuo que, en su ardua y compleja evolución, parece separarse definitivamente del contrato por circunstancias de la producción y del contrato a tiempo parcial.

Un cuarto elemento importante, nuevamente a mi juicio, es que la reforma tampoco parece ir en la línea de intentar acercar los costes económicos de extinción de la contratación temporal a los de la contratación indefinida. Abandonada, al menos por ahora, la famosa y controvertida propuesta del contrato único, la reforma no modifica las indemnizaciones de precariedad de los principales contratos temporales –o más bien, ya solo del de circunstancias de la producción– ni retoma ideas de financiación de parte de la indemnización por despido objetivo a través del FOGASA²⁷. En este campo, lo que sí hace la reforma es intensificar la penalización de la contratación temporal, ahora de escasa duración, ampliando la sobrecotización a todos los contratos de duración inferior a treinta días y utilizando una base fija y no variable, con el mayor impacto correlativo y proporcional sobre los contratos temporales de muy escasa duración y, desde luego, con menor salario –esto es, los especialmente precarios–. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Por ahora, un quinto rasgo que igualmente nos gustaría destacar de la reforma es que, al menos en su versión definitiva, tampoco ha optado por alterar las consecuencias de la contratación temporal irregular en el plano indemnizatorio. Aunque ahora, por fin, se señale –y no es presuma– la fijeza –y no, recuérdese, su carácter indefinido– en los supuestos de contravención del art. 15 ET –lo que, obsérvese, puede tener, o no, importancia en el caso de los contratos temporales fraudulentos en el seno de la Administración Pública, máxime ante la derogación de la DA 16 ET y de los primeros puntos de la DA 15 ET–, lo cierto es, como decimos, que el texto definitivo del

débiles sobre los incentivos de los agentes económicos. En esta línea hay que situar las bonificaciones a la contratación en las cotizaciones a la Seguridad Social (que han perdido relevancia en el contexto de las nuevas medidas introducidas por la última reforma del mercado de trabajo)...”.

27. Recuérdese lo que en su momento se estableció en la Disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

acuerdo no ha incorporado la llamativa propuesta de una nueva causa de nulidad del despido que, sin duda, hubiera incentivado las reclamaciones individuales al recuperar en estos casos los salarios de tramitación. Muy al contrario, se ha optado “tan solo” por incrementar las cuantías y el número de las infracciones ligadas a esta normativa (respuesta sancionadora/punitiva y no indemnizatoria/resarcitoria), focalizando el control de la contratación temporal irregular en la Inspección de Trabajo –tema este que será abordado en otro estudio de este monográfico–, sin abordar la necesidad de una reforma que incentivara igualmente las reclamaciones en el seno de la relación individual, especialmente en el caso de los incumplimientos más flagrantes y evidentes. El resultado de todo ello es que estas indemnizaciones seguirán siendo escasas, especialmente en los contratos de muy corta duración, lo que seguirá desincentivando las reclamaciones individuales, sobre todo mientras la indemnización no supere los costes de todo tipo de la reclamación judicial, unidos en ocasiones a la simple expectativa de una posterior contratación por el mismo empleador. Cuestión distinta es si la simplificación de modalidades y, sobre todo, la nueva regulación legal de la transformación en fijos de los trabajadores cuando en su puesto se haya producido una sucesión de trabajadores temporales pueda facilitar la gestión incluso automatizada de la Inspección en estos casos. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Finalmente, y en sexto lugar, nos interesa destacar cómo junto a esta finalidad de lucha contra la precariedad ligada a la temporalidad, subyacen igualmente en la reforma otras finalidades más o menos enunciadas. La primera se centra, obviamente, en la reducción de modalidades contractuales tantas veces reclamada por la Unión Europea²⁸. Lo peculiar, al menos a mi juicio, es que en esta ocasión esta reducción sí se aborda materialmente y no –como en otras reformas– mediante el simple artificio de reducir el número de modelos administrativos, incrementando, eso sí, el número de páginas de los nuevos modelos –con un resultado, por cierto, similar incluso en cuanto al número de páginas de la suma de modelos...-.

Partiendo de la “poda” que ya en su momento realizó la Disposición Derogatoria única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, el RDL 32/2021 sí va a buscar, incluso concienzudamente, una reducción de modalidades, como vehículo, además, para incentivar la contratación indefinida. Y ello, repetimos, aunque en ocasiones esta opción conlleve la incorporación a una misma modalidad de subtipos no siempre adecuados –piénsese en el contrato por circunstancias de la producción común, y el ocasional pero previsible incorporado en el último momento, o en la integración del anterior modelo de contrato de formación dual universitaria en el nuevo de formación en alternancia–, o la aparente conversión de una modalidad contractual como era el fijo de obra en una “causa de extinción” que, sin embargo, solo se va a

28. De ahí seguramente que seguramente se recogiera expresamente en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su reforma 4: “Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal”.

predicar de una nueva modalidad contractual –el contrato indefinido adscrito a obra– que, sin embargo, se prefiere silenciar. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Por ahora nos limitaremos a recordar cómo junto a esta segunda finalidad subyace, al menos a mi juicio, otro tercer objetivo, aunque este sea específico de los contratos formativos. Y ello ya que, sin poder detenernos aquí en una materia que será objeto de estudio por otro trabajo en este mismo monográfico, basta una breve lectura del RDL 32/2021 para constatar cómo el acuerdo no solo buscaba evitar las formas más evidentes de precariedad en el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo –piénsese en la proyectada (aunque aparentemente no acometida finalmente) derogación de las prácticas no laborales²⁹ o en el anuncio de un necesario estatuto del becario (DA 2 RDL 32/2021)- sino que, además, también se articula una clara apuesta por la formación dual o en alternancia, coherente, por lo demás, con el decidido apoyo que a la misma se le ha dado tanto desde la nueva legislación universitaria³⁰, como desde la propuesta de reforma de la formación profesional³¹.

Pues bien, una vez delimitadas las líneas estratégicas de la reforma, ya estamos seguramente en condiciones de abordar el estudio, al menos inicial y esquemático, de estas concretas modificaciones legales.

4. LA DESAPARICIÓN RADICAL, O NO TANTO, DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO: DATOS PARA VALORAR SU POSIBLE IMPACTO

4.1 La desaparición de una institución tradicional

Desde esta perspectiva, la primera medida y, sin duda, la más llamativa de toda la reforma, ha sido la desaparición del tradicional contrato de obra o servicio determinado, tanto de su sede natural o nuclear –esto es, en el antiguo artículo 15.1.a) ET– como de las diversas menciones o referencias que a este mismo tipo contractual se realizaban en múltiples normas, tanto universitarias y de investigación –por ejemplo, en los artículos 26.7 y 30 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia y Tecnología³² o en el artículo 48.1 y 3.bis de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre

29. Véase el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

30. Véase el art. 22 del RD 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

31. Véase el Proyecto de Ley Orgánica de ordenación e integración de la Formación Profesional (Cong. Diputados, Serie A, núm. 67 Núm. exp. 121/000067), presentado el 8 de septiembre de 2021. El texto remitido al Congreso de los Diputados en el BOCG. Senado Núm. 277_2626 (Apartado I) de 28/12/2021 Pág.: 183

32. Como se recordará el primero permitía la contratación de investigadores y el segundo de personal técnico laboral para la realización de proyectos de investigación científica y técnica por parte de

de Universidades³³-, como específicamente, en el sector de la construcción –Disposición Adicional Tercera, tanto de la Ley 32/2006 como del propio ET-.

En cualquier caso, es importante destacar cómo en los últimos textos que disponíamos del proceso negociador, esta eliminación parecía que iba a ser tajante y, podríamos decir, casi radical y exhaustiva. Baste recordar como en aquellos documentos se preveía una inmediata entrada en vigor de las reformas legales y, en especial, de la nueva redacción del art. 15 ET; la correlativa derogación igualmente inmediata de cualquier otra referencia indirecta en nuestro ordenamiento a esta misma modalidad contractual; y, todo lo más, la mera pervivencia de los contratos de este tipo formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo, tanto al amparo del art. 15.1.a) ET como del contrato fijo de obra del art. 24 CCGC, hasta eso sí, su duración máxima.

Pues bien, basta una breve lectura del texto definitivamente publicado en el BOE para constatar cómo, seguramente por mera necesidad ante la trascendencia de esta desaparición, todas y cada una de estas cuestiones han sido matizadas o abiertamente alteradas en el texto final del RDL 32/2021, dando lugar a una realidad en la que esta misma derogación no ha sido finalmente ni tan rápida, radical y abrupta como inicialmente se nos anunciaba, ni, en segundo lugar, tan intensa, completa y exhaustiva como en un principio se nos vaticinaba.

4.2. La singular transición y los problemas de derecho transitorio

En este sentido, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la perspectiva temporal, es bien conocido como la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 15 ET –y, por tanto, la desaparición de esta modalidad como instrumento habilitante de la contratación temporal– se ha visto postergada en el texto final de la norma hasta el 30 de marzo de 2022; esto es, hasta tres meses después de la publicación en el BOE de la nueva norma –DF 8.2.b) RDL 32/2021-.

Más allá de recordar cómo esta amplia *vacatio legis* obligará y obliga a justificar la extraordinaria y urgente necesidad de esta norma más por las exigencias de plazos ante la Unión Europea, que por lo urgente de una aplicación normativa ciertamente aplazada, de lo que no parece que quepa duda alguna es de que el contrato de obra o servicio –como por lo demás se encarga de recordar la DT 4 RDL 32/2021–, seguirá vigente de forma general en nuestro ordenamiento hasta esta fecha –el 30 de marzo de 2022–, pudiendo por tanto estipularse contratos de este tipo hasta ese último día,

los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado.

33. Como se recordará, el primer precepto permitía la contratación de personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica; mientras que el segundo señalaba que estas mismas universidades podrían “contratar personal investigador conforme a lo previsto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”.

sometidos, por lo demás, a la misma doctrina jurisprudencial que ha ido limitando paulatinamente su ámbito de actuación, seguramente excesivamente ampliado por la jurisprudencia, sobre todo, de los años noventa.

En realidad, la única singularidad prevista en esta Disposición Transitoria Cuarta es que “su duración no podrá ser superior a seis meses”; una regla esta, aparentemente sencilla, pero que, en cambio, plantea, al menos a mi juicio, dos importantes dudas.

La primera, su propio ámbito de aplicación. Y ello ya que, dejando a un lado, al menos por ahora, la situación de los contratos fijos de obra, con un régimen quizás singular dada la entrada en vigor inmediata de la nueva redacción de la DA 3 Ley 32/2006, cabría plantear al menos sí esta disposición es aplicable a los contratos de obra o servicio que pudieran formalizarse al amparo de los artículos antes citados tanto de la Ley de Ciencia y Tecnología, como de Universidades. Y a mi juicio, la respuesta es clara: en ambos casos esta contratación es posible pero sometida al término de seis meses antes señalado.

La segunda parece más compleja y se centra en el sentido que ha de darse a ese nuevo término resolutorio establecido en el precepto. Y ello ya que, a poco que se piense, es fácil ver cómo existen dos posibles interpretaciones del mismo con efectos radicalmente distintos.

La primera, y sin duda la más limitativa, partiría de que la naturaleza de estos contratos no se habría alterado en absoluto: los contratos de obra o servicio formalizados en esta última fase de su historia –al menos por ahora– seguirían sometidos a un único término cierto en el *an*, pero no en el *quando* (la finalización de la obra). Y ello ya que, según esta primera interpretación, lo único que habría autorizado la DT 4 sería contratos de obra o servicio de muy escasa duración, en los que la obra, además de limitada en el tiempo, no podría tener una duración superior a seis meses. De ahí que, desde esta perspectiva, solo estos contratos de escasa duración podrían ser admitidos por esta vía, pudiéndose únicamente articular su extinción al amparo del art. 49.1.c ET por la finalización total de la obra y no por el transcurso de los seis meses, que actuaría, así como mero límite de la temporalidad, provocando su superación la conversión de estos contratos en indefinidos o, en la nueva terminología legal, en fijos.

En cambio, en la segunda interpretación, la DT 4 habría establecido una auténtica modificación en la naturaleza de estos contratos de obra o servicio. De acuerdo con esta visión, tales negocios, cuando fueran articulados durante esta concreta franja temporal, se verían sometidos a dos términos resolutorios disyuntivos, pero plenamente autónomos, eficaces e independientes entre sí. Y ello ya que a la tradicional extinción de la obra se habría unido ahora otro término resolutorio, aunque este, a diferencia del anterior, cierto en el *quando*: el simple transcurso de los seis meses desde su estipulación. De ahí que, repetimos, de acuerdo con esta segunda interpretación, aunque la obra o servicio no hubiesen finalizado en ese momento (transcurso de los seis meses desde su estipulación) el contrato se extinguiría generando, eso sí,

la indemnización por precariedad del art. 49.1.c) y pasando los trabajadores a situación legal de desempleo.

A favor de la primera interpretación podría utilizarse la finalidad restrictiva que de la contratación temporal busca la reforma, o la referencia expresa que esta misma norma hace a la sujeción de estos acuerdos a la normativa legal o convencional vigente en el que el término incierto es siempre la finalización de la obra. Pero en cambio, la expresa dicción de esta regla de duración máxima, no de la temporalidad, sino del propio contrato, y su tratamiento uniforme con el contrato eventual, este sí sometido a término cierto, podría apoyar la segunda interpretación que es, sin duda, la que parece deducirse de una primera lectura del precepto.

Poco más cabe añadir, al menos a mi juicio, a una transitoriedad que seguramente solo ha pretendido facilitar la transición por las empresas de un modelo a otro, dándole así “tiempo” para articular sus nuevas estrategias de contratación e intentando, por tanto, reducir al máximo el posible impacto negativo que sobre el empleo pudiera tener una medida de un calado tan amplio que, sin duda, parece incluso aún más intensa de lo que en su momento supuso la desaparición –o progresiva limitación subjetiva de su ámbito hasta su consunción definitiva– del contrato temporal de mero fomento del empleo.

4.3. La situación de los contratos formalizados previamente: su singularidad en el caso del sector público

Finalmente, y en relación con este complejo derecho transitorio, parece igualmente necesario señalar cómo lo que sí ha mantenido la reforma –DT 3.1 RDL 32/2021– es la conservación de la naturaleza temporal de los contratos de obra o fijos de obra suscritos antes del 31 de diciembre de 2021. Estos contratos mantendrán dicho carácter hasta cumplirse su duración máxima, momento en el que deberán extinguirse o, en su caso, convertirse en indefinidos.

Pero en cambio, lo que sí resulta novedoso es lo contemplado en el segundo párrafo de este mismo punto. Y ello ya que ahora sí se contempla expresamente la pervivencia de este mismo tipo de contratos celebrados por las AAPP o sus organismos vinculados o dependientes, vinculados a proyectos específicos –a mi juicio, todos, y no solo los de duración superior a tres años como, seguramente por otras razones, parece deducirse de esta DT– y que estén en vigor en dicha fecha. Estos contratos ciertamente se mantienen en vigor hasta el cumplimiento de la duración fijada en su normativa de aplicación, si bien los mismos se someten ahora a un nuevo límite temporal, ciertamente amplio, y que se sitúa en los tres años contados desde una fecha que, por sucesivas reiteraciones, parece ser, nuevamente, el 31 de diciembre de 2021.

Sin poder detenernos nuevamente en esta norma, resulta evidente, al menos a mi juicio, que su finalidad es enmendar y limitar los posibles efectos de la exclusión que

el punto segundo de la anterior Disposición Adicional 15 ET establecía en estos casos. Como se recordará, aquella norma excluía de la duración máxima de los contratos de obra o servicio –tres o cuatro años– a los celebrados por estos sujetos públicos –incluidas, por cierto, las Universidades– cuando tales relaciones estuvieran vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años. Pues bien, ahora la norma pone por fin un límite a la temporalidad de tales contratos, estableciendo como tope máximo de su condición temporal el 31 de diciembre de 2024.

Lo que no aclara la norma es qué sucedería si se alcanzase esa fecha y el proyecto aún no se hubiera agotado. A mi juicio, estos tres años no actuarían aquí como un término resolutorio del contrato, cierto tanto en el *an* como en el *quando*, y aplicable por el empresario ex art. 49.1.c) ET si no hubiera acontecido antes de tal fecha el término incierto en el cuándo que constituye la finalización de la obra o proyecto. Una interpretación de este estilo no solo supondría mutar la naturaleza de estos contratos, sino que iría en contra de la finalidad confesa de la propia ley de fomentar la estabilidad de la relación laboral.

De ahí que, muy al contrario, consideramos que dicho plazo trianual actuaría en este caso como una simple extensión máxima de la temporalidad –como un término resolutorio del término resolutorio– por lo que su advenimiento no permitiría por sí mismo la extinción del contrato si, obviamente, llegada esa fecha, la obra o servicio, el proyecto en definitiva, continuara vigente. En nuestra opinión, y de forma similar a lo que ocurría cuando un contrato de obra o servicio superaba estos tres años –ya que en el fondo, lo que pretende esta transitoria es eliminar pro futuro la exclusión que en su momento incorporó la DA 15.2 ET–, en tales casos, la superación de dicho plazo solo conllevaría, repito, al menos a mi juicio, su transformación en fijo –término este que se impone sobre la simple indefinición en la reforma–, debiendo considerarse por tanto como despido improcedente la pretendida extinción empresarial amparada solo en la superación del tantas veces mencionado tope trianual siempre que, repetimos, se conserve vivo el proyecto.

4.4. ¿Un renacimiento en el sector público?: la DA 5 RDL 32/2021

En cualquier caso, y como decimos, no son estas las únicas matizaciones, ni seguramente las más importantes, entre las últimas versiones del acuerdo y el texto final del Real Decreto-ley 32/2021. Y ello ya que lo abrupto de esta medida y los compromisos ya asumidos y por asumir en la ejecución de diversos y nutridos fondos europeos, han provocado, en segundo lugar, la aparición de una segunda, inopinada y sorprendente matización a esta desaparición, articulada ahora a través de la llamativa Disposición adicional quinta del mencionado Real Decreto-ley 32/2021.

Y ello ya que de acuerdo con esta disposición –inexistente igualmente en los últimos textos del proceso negociador, al menos en los que hemos manejado– ahora se

permitiría, como norma especial y ciertamente sectorial, la suscripción de contratos de duración determinada –sin más calificativos, ni denominaciones– siempre que, por un lado, estos se encontrasen asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia³⁴, u, obsérvese, a otros programas temporales cuya financiación provenga de otros fondos de la Unión Europea; que, además, dichos contratos se suscriban durante el tiempo exclusivamente necesario para su ejecución; y, finalmente, que sean suscritos por entidades que formen parte del sector público en el sentido amplio que del mismo da el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre³⁵.

Es cierto que la disposición adicional nada señala sobre la tipología de estos contratos. Pero la propia percepción por el legislador de la necesidad de esta “excepción” tras la derogación del art. 15.1.a ET, unida a su necesaria y exacta conexión temporal con proyectos y fondos presupuestarios, parece reflejar la “cercanía” funcional de estos contratos con una modalidad como la de obra o servicio cuya utilización, por cierto, en varios de estos casos, y que, aunque inicialmente admitida³⁶ parecía puesta, desde hace ya tiempo, en cuarentena por nuestra anterior jurisprudencia³⁷.

Es más, una vez cerradas estas líneas, la Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal del 10 de febrero 2022 vino a reconocer su nulo encaje con las modalidades del nuevo artículo 15 ET, denominándolo como “contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos”. Más allá de la singular preocupación del Informe por el modelo en concreto que se debe utilizar, lo que de verdad importa es que en el mismo sí se señalaba, en primer lugar, la necesidad de identificar el objeto del

34. Por mencionar algunos ejemplos quizás encajen en este campo actuaciones y proyectos como los previstos en el RD 902/2021 de 19 de octubre, “Nuevos proyectos territoriales para el reequilibrio y la equidad” desarrollados por diversas comunidades autónomas.

35. El art.2.1 de la mencionada norma señala que el mismo es de aplicación a las entidades que integran el sector público de acuerdo con el art. 2.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Como se recordará esta hace mención a la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas; las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional.

36. En relación con la jurisprudencia ciertamente permisiva sobre todo de los años noventa del siglo pasado, puede acudirse, por todos, al extenso elenco que recogieron en su momento J.I.García Ninet, A. Vicente Palacio *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia,1998, pág. 62 y sig. o J.R. Mercader Uguina, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia., 1999, p. 36-

37. En efecto, cabe recordar como en su momento la incorporación del artículo 52.3 ET por el Real decreto-ley 5/2001 –posterior Ley 12/2001– justificó una primera reacción de nuestro Tribunal Supremo que ya desde el año 2002 comenzó a señalar que la simple financiación vía subvención de un proyecto no justifica por sí misma su carácter temporal –SSTS de 19 y 21 de marzo de 2002, recursos de casación para la unificación de doctrina núm. 1251/2001y 1701/2001–. Un repaso por la misma, señalando el a nuestro juicio abrupto cambio de doctrina –y no una mera “matización y complemento” como en cambio se califica por la misma resolución– en la STS de 1 abril 2009, ECLI:ES:TS:2009:3540

contrato vinculado al proyecto o programa financiado con Fondo europeos; y, en segundo lugar, que “en el apartado de duración del contrato deberá reflejarse la del proyecto o programa del que trae causa”, lo que en esencia lo acerca, como vimos, a la lógica anterior de los contratos de obra o servicio ligados a programas o proyectos temporales.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que la Disposición Adicional quinta habría reactivado sectorialmente –solo para el sector público– y, obsérvese, de forma indefinida y no temporal, una causa antes puesta en duda y justificada ahora tan solo por el singular origen de los fondos. Y todo ello sin olvidar que la derogación del art. 15.1a ET y la nueva redacción dada al art. 15 ET por el propio RDL 32/2021 hacen que estos contratos no tengan en principio ni una duración máxima limitada en el tiempo –los famosos tres años, ampliables doce meses más a los que por ejemplo sí hace referencia el art. 10.1.c EBEP en relación con los funcionarios interinos–, ni les resulten aplicables las reglas de conversión en fijos para los supuestos de sucesión contractual o de distintos trabajadores en el mismo puesto de trabajo, limitadas ahora –obsérvese– a los trabajadores contratados por circunstancias de la producción –lo que difícilmente es el caso–. Y ello, aunque, al menos a mi juicio, sí les resulte aplicable la indemnización por precariedad del art. 49.1.c) ET.

Desde esta perspectiva podrá argumentarse a favor de esta norma que, en primer lugar, esta apertura es subjetiva, material y, al menos en el primero de los párrafos, temporalmente limitada –Plan de Recuperación–; y que, además, en el caso de los fondos de la Unión Europea se exige que los programas sean de carácter temporal, del mismo modo que las menciones y el sometimiento a los principios constitucionales y a la nueva regulación de la Ley 20/2021 podrían suponer un cierto control en su posible impacto sobre la temporalidad.

Pero más allá de las críticas que esta misma delimitación subjetiva del empleador podría suscitar –por ejemplo, en relación con la exclusión de las organizaciones del tercer sector³⁸– de lo que no cabe duda, al menos a mi juicio, es de su innegable incoherencia con el resto del acuerdo y, por tanto, lo criticable de la misma. Baste pensar en el hecho de que la misma norma que priva a las Universidades públicas del art. 15.1.a ET para la formalización de contratos ligados a proyectos financiados con otro tipo de fondos, los permita en cambio, sin mayor argumentación, cuando se trate de proyectos ligados al Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia o a los fondos de la Unión Europea cuando el programa sea, además, de carácter temporal. Y cómo un mismo proyecto podría articularse a través de contratos temporales en el caso de centros de investigación públicos cuando tengan esta misma financiación, mientras no podrán hacerlo en el caso de centros, igualmente de investigación, pero del sector privado.

38. Piénsese, por ejemplo, en las subvenciones del Real Decreto 1101/2021, de 10 de diciembre de subvenciones a entidades del tercer sector para determinados proyectos de innovación e investigación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

De ahí que, más allá de las evidentes críticas que, al menos a mi juicio, esta disposición merece –no solo por su escaso contenido, sino también por lo que también supone de nueva “recreación” de reglas específicas de contratación temporal laboral para las Administraciones Públicas– se proponga una interpretación restrictiva de la misma, adecuada a su carácter, al menos a mi juicio excepcional, que no solo exija un cumplimiento exhaustivo y riguroso de los requisitos subjetivos y financieros antes señalados, sino que además asuma igualmente que el carácter “temporal” que se predica de estos programas –sobre todo de aquellos procedente de fondos europeos–, no lo sea solo formalmente de dicho programa, sino también de la necesidad que dentro de la propia organización, esta actividad cumple. Y todo ello sin olvidar la necesidad de una interpretación conforme de las normas nacionales que sometan estas contrataciones a las exigencias de la Directiva 1999/70CE de 28 de junio de 1999, limitando por tanto las posibles consecuencias de su ubicación en los extramuros del art. 15 ET.

Finalmente, tampoco podemos dejar de resaltar también la singular aparición, igualmente a última hora, de una Disposición Final segunda del Real Decreto-ley 32/2021 que incorpora, a su vez, una nueva Disposición adicional novena a la Ley de Empleo. Y es que esta permite, en su primer punto, a las administraciones públicas y, aquí sí –aunque solo “en su caso”- a las entidades sin ánimo de lucro, la realización de “contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo, cuya duración no podrá exceder los doce meses”.

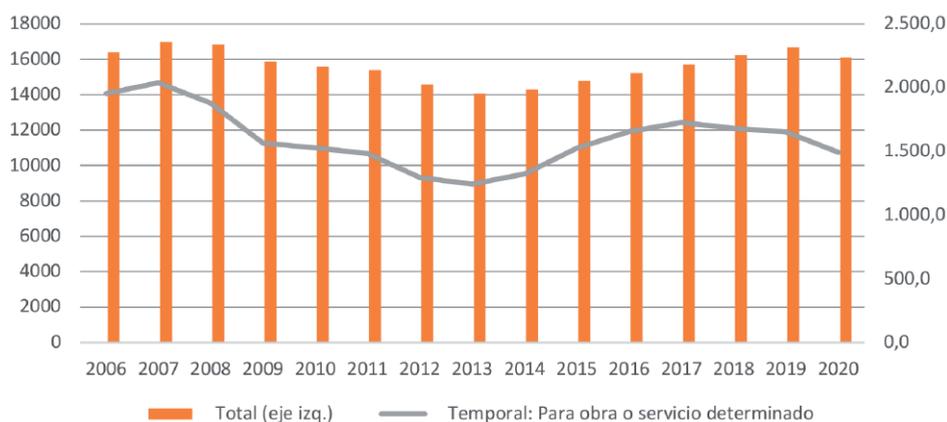
Aunque en un principio, la genérica referencia a los programas de activación para el empleo podría hacernos dudar del campo de extensión de esta regla singular –en relación, sobre todo, con el conjunto de programas hoy contemplados en el recién publicado Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo– la expresa mención a los contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral nos reconduce, básicamente, a los contratos articulados en la subsección 1ª - Programa de inserción laboral a través de obras o servicios de interés general y social– de la Sección 3ª –Programas del eje 3, oportunidades de empleo–, del capítulo V del mencionado Real decreto. Y ello ya que, aunque en principio la contratación podía teóricamente realizarse mediante cualquier contrato temporal de acuerdo con su normativa específica, lo cierto es que normalmente –y como reconocía el propio ministerio– se articulaba como contrato por obra o servicio. De ahí, seguramente, la necesidad de seguir permitiendo esta posibilidad, aunque sea a través de una norma legal en una ubicación tan extraña como la antes mencionada³⁹.

39. De hecho, en la ya mencionada Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal para la aplicación inmediata de la reforma de la contratación laboral 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, de 10 de febrero de 2022:

4.5. Algunos datos para valorar el impacto de esta medida

En cualquier caso, y dejando a un lado –al menos por ahora– esta regulación específica del sector público, lo cierto es, como decimos, que el impacto de esta abrogación general de una modalidad contractual tan tradicional en España como la de obra o servicio determinado resulta, al menos a nuestro juicio, evidente.

En este sentido seguramente sería bastante recordar cómo en el año 2020, de acuerdo con los datos anuales proporcionados por la EPA, de los dieciséis millones de asalariados en España, cerca de un millón y medio -1.492.700 para ser más exactos– lo serían mediante contratos de obra o servicio determinado.

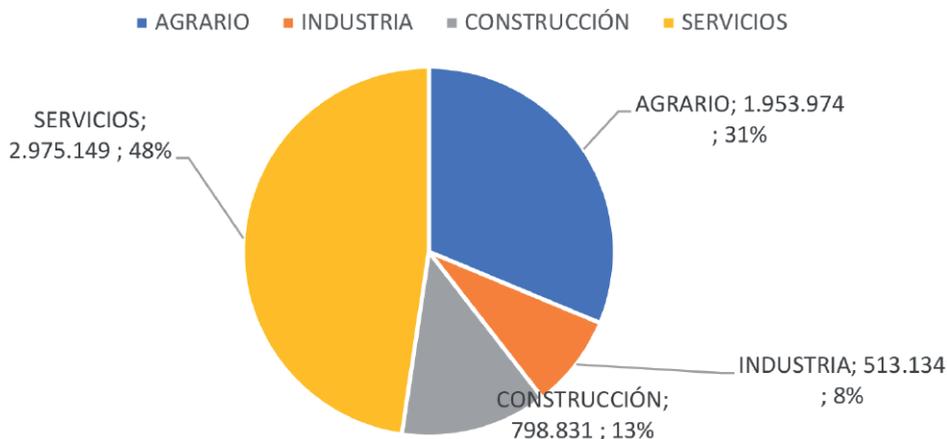


Gráfica 1. Asalariados por tipo de contrato o relación laboral: total y temporal por obra o servicio (2006-2020). Fuente: EPA; INE

Del mismo modo que, de acuerdo con los datos aún provisionales del Movimiento Laboral Registrado, de los casi dieciséis millones de contratos de trabajo registrados en 2020, 6.241.088 –esto es, cerca del cuarenta por ciento– lo fueron de obra o servicios, con un marcado carácter masculino -4.046.464 con hombres y solo 2.194.624 con mujeres– quizás por su enorme prevalencia en sectores fuertemente masculinizados como es el de la construcción.

“La contratación de duración determinada vinculada a los programas de activación para el empleo va a poder realizarse en el marco de un contrato de causa específica, diferente a las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, añadiendo, además, que “en el apartado de duración del contrato deberá reflejarse la del plan o programa de empleo, como si ya se estuviese formalizando en el modelo que le corresponde por su objeto (405, 505), sin que ésta pueda superar los doce meses”.

En cambio, por sectores, es cierto que cerca del 50 por ciento se realiza en servicios, seguido de agricultura y construcción.

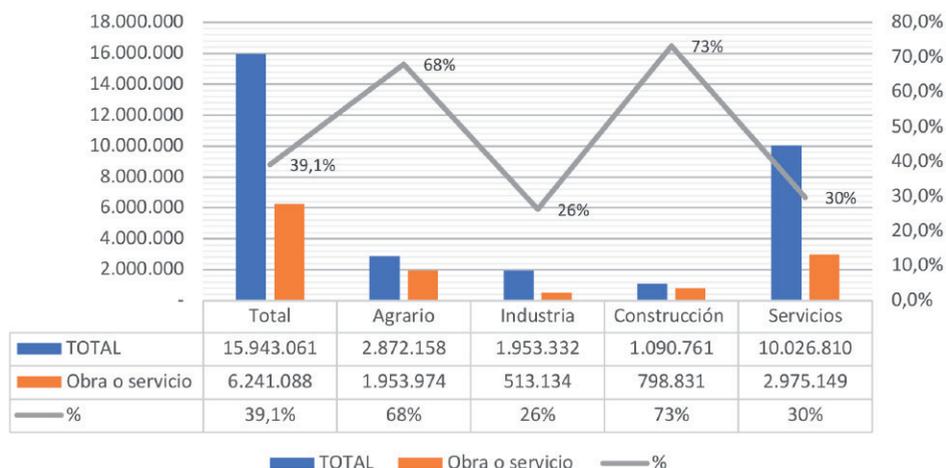


Gráfica 2. Distribución por sectores de los contratos de obra o servicio determinado 2020. Fuente: Avance Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social; MLR-28 y elaboración propia

Pero no lo es menos que si lo comparamos con el volumen de contratación propio de cada sector, se aprecia con facilidad cómo esta modalidad es la preponderante, tanto en el sector agrario –donde supone el 68% de los contratos realizados– como, sobre todo, en la construcción, en donde prácticamente responde a esta modalidad tres de cada cuatro contratos.

Sea como fuere, lo que con estas premisas parece evidente es que el posible impacto de esta derogación legal, tanto en lo que se refiere a la tasa de temporalidad, como incluso a la destrucción o no de empleo por el incremento de costes extintivos añadidos, dependerá, en gran medida, de las posibilidades que ahora se abran al empresario; de la existencia y compatibilidad para estas necesidades de otras modalidades, temporales o no, que se constituyan en el puerto o destino de esta masa de contratos/necesidades laborales tras la reforma.

Y en este ámbito parece evidente que, tras la entrada en vigor del conjunto del RDL 32/2021, estas modalidades de “refugio” podrían ser sustancialmente tres, además, obviamente, del simple contrato indefinido común: el contrato por circunstancias de producción; el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el caso específico de la construcción y, como no, el contrato fijo-discontinuo. Analicemos, por tanto, cada uno de ellos desde esta lógica.



Gráfica 3. Porcentaje que supone el contrato de obra o servicio sobre el total de la contratación: total y por sectores de actividad (2020). Fuente: Avance Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social; MLR-28 y elaboración propia

5. EL CONTRATO –O CONTRATOS– POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: SUBTIPOS Y CAPACIDAD DE REABSORBER A LOS ANTIGUOS CONTRATOS DE OBRA

La primera de estas vías es, como ya hemos señalado, la “nueva” modalidad de contratación temporal por “circunstancias de la producción” que, junto con el contrato de sustitución –antigua interinidad– constituyen ahora las dos únicas “causas justificadas” de temporalidad contempladas en el artículo 15 ET.

Pues bien, sin poder detenernos ahora en las dudas que pudieran suscitar la nueva redacción del art. 15.1 ET –sobre todo, la exigencia de que estas causas, además de su “especificación en el contrato” deban ahora ir acompañadas, como elementos diferentes, de las “circunstancias concretas que la justifican” y, cuidado, de su conexión con la duración “prevista”-, lo que sí resulta evidente, al menos a nuestro juicio, es que basta una primera lectura del aún no nato artículo 15.2 ET –en el momento de escribir estas líneas– para considerar que bajo esta “nueva” modalidad subyacen dos esquemas diametralmente diferentes y cuyo inclusión en un solo “tipo contractual” solo puede justificarse, ya sea por el deseo –ya indicado– de reducir el número de modalidades contractuales, como, quizás, para intentar “encubrir” una modalidad como es la ligada a necesidades ocasionales aunque previsibles que, como veremos, justifica su temporalidad, básicamente, por su escasa duración.

Esta dualidad obliga, al menos a mi juicio, a realizar una profunda distinción entre una y otra modalidad que, solo desde esa perspectiva forzada antes señaladas, pueden incluirse más formal que materialmente en un único tipo contractual.

5.1. El primer subtipo: ¿el viejo contrato eventual con modificaciones o una nueva modalidad que absorbe aquella?

Desde esta perspectiva, y por lo que se refiere al primer subtipo, basta igualmente una rápida lectura del nuevo art. 15.2 ET para constatar cómo, este se encuentra claramente relacionado, aunque sea parcialmente, con el viejo contrato “eventual por circunstancias de la producción”.

En este sentido, no es solo la similitud de la nueva denominación con la ya utilizada por el art. 3 del “viejo” RD 2720/1998. A mi juicio, aún más importante es la novedosa mención legal, como primera causa que habilita la estipulación de estos contratos, al carácter ocasional del incremento, pero sobre todo a lo imprevisible del mismo lo que enlaza o conecta esta modalidad, con la tradicional construcción jurisprudencial del “viejo” contrato eventual. Por ello, es indudable –al menos a nuestro juicio– que bajo esta nueva modalidad se podrán subsumir, sin mayores problemas, tanto la tradicional acumulación de tareas como el viejo exceso de pedidos que, junto con las circunstancias del mercado, justificaban –o justifican hasta el 30 de marzo– la estipulación de estos contratos eventuales por circunstancias de la producción. Y, de hecho, la propia exclusión de los trabajos intermitentes –recogidos ahora en el art. 16 ET– reflejaría que esta ocasionalidad e imprevisibilidad, legalmente exigidas, conduciría a la no inclusión de aquellos otros incrementos que, por su carácter recurrente o habitual –incluso, creo, en periodos superiores al año– carecieran de tales rasgos⁴⁰.

Ahora bien, también es cierto cómo, junto a esta construcción, causalmente similar al anterior contrato eventual, de “punta” de actividad sobre el volumen normal de la empresa, esta nueva submodalidad incorpora ahora otra causa habilitante bastante más compleja y seguramente controvertida.

Se trata, como es bien sabido, de la cuanto menos confusa referencia a las “oscilaciones” que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generen un desajuste entre el empleo estable disponible y el que se requiere, se supone, como consecuencia de dicha “oscilación”. Obsérvese, por tanto, que en este caso, no se exige necesariamente un incremento de la actividad empresarial –por exceso de demanda o por acumulación de tareas–, una causa productiva, por tanto, externa; del mismo modo que tampoco se reclama su imprevisibilidad, bastando una simple “oscilación”; una oscilación esta, de la que más que indicársenos sobre qué elemento actúa, se nos define por su consecuencia: un desajuste temporal entre el empleo estable y el necesitado, lo que, en el fondo, parece indicar que tal oscilación actuaría especialmente sobre el empleo estable disponible, cuya disminución, repetimos, aunque previsible, y por razones básicamente endógenas de la empresa, podría

40. Aunque la corrección de errores procedió a modificar la ubicación de la coma que antes era posterior y ahora precede al relativo que. Aunque la cuestión es discutida, no creo que deba darse mayor importancia

provocaría un desajuste temporal entre la mano de obra disponible en la empresa y la que se requiere.

De hecho, esta primera interpretación parece incluso reforzarse cuando en el párrafo siguiente el propio artículo 15.2 ET incluye como supuesto prototípico de estos “desajustes temporales por oscilaciones” las coberturas de vacaciones –o, se supone, también de festivos o permisos de sus empleados–. Y ello, obsérvese, tanto para las Administraciones u organismos Públicos –lo que sí parecía haberse admitido⁴¹ aún con determinados requisitos formales– como –lo que en cambio suscitaba algunas dudas con la jurisprudencia anterior⁴²– en el ámbito privado, “clarificando” así la doctrina del Tribunal Supremo sintetizada –eso sí, antes de la reforma– por la conocida STS (Sala de lo Social) n. 983/2020, de 10 de noviembre⁴³.

Y todo ello, claro está, dejando a un lado los posibles problemas de articulación de estas oscilaciones previsibles –piénsese en los casos de calendarios anuales de vacaciones– y reiteradas en el tiempo y el campo de aplicación natural del artículo 16 ET; una dificultad esta que seguramente motivó la expresa mención a las mismas, sin distinción alguna, en el segundo párrafo del art. 15.2 ET, como norma especial y, por tanto, prioritaria, con la consiguiente ampliación y/o clarificación del campo material de esta nueva causa de temporalidad.

41. Véase STS de 23 de mayo de 1994 (rcud. 871/1993), en la que ya se dijo que “el déficit puede deberse a que exista un número de puestos de trabajo no cubiertos reglamentariamente o a la circunstancia de que los titulares no acudan a prestar servicio por distintas causas, y esta doctrina se sostuvo también cuando se producía un déficit temporal de plantilla durante el disfrute de las vacaciones, que fue considerada como posible causa de acumulación de tareas a efectos de eventualidad”, de lo que se desprende “que la cobertura de las necesidades provocadas en la empresa como consecuencia de la coincidencia de las vacaciones de los trabajadores de la plantilla puede llegar a constituir causa justificativa del contrato eventual”

42. Estas dudas procedían de la STS de 16 de mayo de 2005 (rcud. 2412/2004) en la que se señalaba como: “si bien en el ámbito de la empresa privada no pueden calificarse como propios de la acumulación de tareas los casos en que el indicado desequilibrio o desproporción se debe exclusivamente a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir en la plantilla de la misma, toda vez que tales vacantes han de ser cubiertas normalmente por medio de contratación indefinida, la cual, en dicha área, se puede llevar a cabo con igual o mayor rapidez que la contratación temporal...”. Sin embargo, posteriormente, la STS de 12 de junio de 2012 (rcud. 3375/2011, ECLI:ES:TS:2012:4643), consideró plenamente lícita la suscripción de un contrato eventual en una empresa de telemarketing en un caso, en el que, eso sí, se consignaba válidamente la causa de la contratación –vacaciones de trabajadores concretos– y se respetaba la duración y la extinción se producía con el agotamiento del periodo vacacional de los trabajadores en cuestión.

43. ECLI:ES:TS:2020:3833. Estas mismas ideas se habían anticipado en la STS n.745/2019, 30 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019: 3733. Sobre este controvertido tema nos remitimos al completo estudio, previo a la reforma de M.L. Rodríguez Cope, “Organización en la empresa y contratación temporal: uso y abuso del contrato eventual en organismos públicos y de obra o servicio en la contratación”, en *Temas Laborales*, 2021, n. 156, págs. 283 y sig.

En cualquier caso, seguramente lo más llamativo en estos dos casos es que para ambos desaparece ahora cualquier mención al tradicional periodo de referencia antes contemplado en el art. 15.1.b ET. Tras la entrada en vigor de la reforma, la nueva norma legal se limitará a establecer, por un lado, la duración máxima de estos contratos en seis meses –aunque ampliables a doce por convenio sectorial (sin mayor preferencia o referencia a su concreto ámbito geográfico)- y a reiterar la posibilidad de su prórroga, además, por una sola vez hasta agotar esta duración máxima. Y todo ello sin olvidar, claro está, la posible aplicación también en estos casos de la tácita reconducción del art. 49.1.c ET, cuando una vez acaecido el término se continuará la prestación en un contrato formalizado por una duración inferior a la legal o convencionalmente establecida.

Esta desaparición del periodo de referencia que, recuérdese, iniciado con la aparición de la causa o motivo que justificaba la temporalidad, marcaba igualmente el periodo dentro del cual podía celebrarse y computarse su duración, puede plantear algunas dudas sobre la relación de la duración de estos contratos con la circunstancia de la producción. Y ello ya que, al menos a mi juicio, esta desaparición, unida a la nueva redacción del art. 15.1 ET, sí obligará ahora claramente a que el empresario demuestre al menos la subsistencia –la “conexión” en palabras del art. 15.1 ET– de la causa que lo justifica en el momento de su estipulación.

Cuestión distinta es si esta modalidad deberá seguir considerándose, como los anteriores contratos eventuales, como un contrato sometido solo a término cierto, y, por tanto, de fecha a fecha, indemne a que el incremento ocasional o la oscilación concluyese antes de la fecha prefijada⁴⁴, o si, por el contrario, esta autonomía del nuevo contrato frente a su claro antecesor permitiría que o bien ambas partes pudieran pactar la conclusión de este incremento o de esta oscilación como término resolutorio específico del acuerdo –convirtiendo así la posible fecha incorporada como meramente indicativa, de forma similar a lo que antes sucedía con el contrato de obra o servicio determinado– o, incluso sin incorporarla, el empresario podría

44. Véase en este sentido la conocida STS (Sala de lo Social) de 4 de febrero de 1999, (Recurso Núm.: 2022/1998n) quien tras recordar como en “las regulaciones históricas del contrato eventual se han fijado, directamente o por remisión a las normas sectoriales, un término cierto que actúa necesariamente sobre la duración del contrato. De esta forma, se introduce una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato: la causa justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato, pues la relación puede extinguirse aunque subsista la causa y ésta podría desaparecer y mantenerse, sin embargo, el vínculo si no ha vencido el término pactado o el máximo aplicable... a diferencia del contrato para obra o servicio, en el que la circunstancia a la que se asocia la vigencia del contrato es susceptible de una determinación clara, el carácter difuso de las circunstancias que justifican la eventualidad y la contingencia de su propia proyección temporal provoca una situación insegura por el difícil control de la subsistencia de la causa. El artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal”.

considerarla como causa específica de extinción al amparo del art. 49.1.c ET y sin necesidad, por tanto, de recurrir a otras vías extintivas por causas objetivas, básicamente productivas.

A la espera de su deseable desarrollo reglamentario, la respuesta a esta interrogante depende, al menos a mi juicio, de la mayor o menor autonomía que se dé a esta modalidad frente al anterior contrato eventual, aunque, ciertamente existan argumentos para defender ambas tesis.

Así, por ejemplo, a favor de su consideración como contrato a fecha cierta podría jugar no ya solo la comentada cercanía con el anterior contrato eventual –como contrato tradicionalmente sometido a fecha cierta–, o los términos en los que se regula la duración e incluso la prórroga de esta submodalidad en el propio art.15.2 tercer párrafo ET –que presupone, obsérvese, que el contrato puede extinguirse aunque la causa subsista si no se acuerda por ambas partes la prórroga–, sino también el hecho de que adoptando la tesis contraria podría acabar por revitalizarse la lógica propia del “desterrado” contrato de obra o servicio que, como ya hemos señalado, fue considerado tradicionalmente como un contrato en el que la fecha de finalización solo tenía un carácter indicativo a efectos de extinción. En otras palabras, el incremento imprevisible de actividad (al que ahora se uniría la ya comentada oscilación) seguirían siendo así lo que han sido tradicionalmente en nuestro país: una justificación de la posible temporalidad del contrato que habilitaría un término resolutorio cierto –fecha de finalización– que aunque coherente con la circunstancia que lo justifica, podría actuar en la fecha específica señalada en el acuerdo, desligada en principio de la finalización o no de ese incremento.

Pero también existen, como ya señalamos, argumentos igualmente poderosos y que podrían sostener la postura en contrario. En este sentido, podría alegarse no ya solo el claro deseo del legislador de alterar todo el marco de las anteriores modalidades temporales –incluso en su denominación– liberando a esta submodalidad de la aplicación de reglas ahora no recogidas del anterior contrato eventual, sino, y sobre todo, la nueva redacción dada al artículo 15.1 ET y, en especial, la genérica referencia a la necesaria “conexión” de la causa con la duración, obsérvese, no establecida, sino “prevista” por el propio contrato. Por ello, creemos que ahora también cabría al menos sostener –repetimos, a la espera del deseable desarrollo reglamentario– que la duración de esta nueva modalidad, claramente separada de la anterior y a medio camino entre el tradicional contrato eventual y el extinto de obra o servicio determinado, podría conectarse con la finalización, incluso anticipada sobre la fecha establecida, de este incremento u oscilación.

Se trata, en definitiva, de una cuestión compleja y que seguramente debiera ser resuelta, repetimos, por el desarrollo reglamentario –deseablemente rápido– de estas nuevas normas. Mientras tanto, y si tenemos que dar nuestra opinión, creo que una posible orientación debe partir de la aparente conexión de esta modalidad con

la anterior contratación eventual, aunque reconociendo, eso sí, el impacto sobre la misma de la nueva redacción del artículo 15.1 ET y del claro deseo del legislador de alterar radicalmente las anteriores reglas de contratación. En otras palabras, es cierto que el nuevo art. 15.1 ET exigiría ahora que la duración de estos contratos no fuera la que, dentro de los márgenes legales o convencionales, decidieran libremente las partes; esta duración debería estar relacionada, ser compatible con la duración previsible de este incremento o de esta oscilación. Pero sin que esta mera aproximación tuviera que suponer primar necesariamente la duración final de estos eventos sobre la que hayan podido establecer previamente las partes y que pudiera no coincidir con la misma. De ahí que si esta simple coordinación falla, si por ejemplo el incremento finaliza antes de la fecha establecida, el contrato pudiera subsistir hasta la fecha fijada, aunque la “habilitación temporal” desapareciera; del mismo modo que la continuación de este incremento más allá de la fecha inicialmente fijada tampoco impediría su extinción en tal fecha si no hay acuerdo de prórroga entre las partes. De hecho, y como decíamos, la regulación legal de esta prórroga –que, eso sí, parece reclamar la continuación de la “causa” habilitante– sería un argumento ciertamente poderoso a favor de la necesidad solo de una simple conexión de previsibilidad, que no impediría la fijación de un término cierto –fecha– con plenos efectos resolutorios sobre el contrato, dotando de mayor seguridad al trabajador.

En cualquier caso, y una vez dicho todo esto, lo que sí parece importante destacar –al menos a los efectos que aquí interesan– es que la capacidad de reorientar una parte notable de los anteriores contratos de obra hacia este modelo de contrato está, al menos en buena parte, limitada. Y ello no ya tanto por los problemas que –al menos en la perspectiva aquí asumida– podría plantear el pasar de un contrato con término incierto como era el de obra –*certus an, incertus quando*– a otro con término cierto y solo una prórroga –como lo era el eventual y, pensamos, seguirá siendo mayoritariamente el nuevo por circunstancias de la producción– con una duración, además, en principio relativamente corta –no superior a seis meses–.

A nuestro juicio, el principal obstáculo, junto con la imprevisibilidad a la que antes hicimos referencia –al menos en los incrementos ocasionales de actividad–, se centra, por un lado, en la absoluta irrelevancia a estos efectos de que la tarea en la que se encuadra la prestación contractual tenga autonomía y sustantividad propia y esté aparentemente limitada en el tiempo. Salvo que esta misma obra o servicio responda además –y esto es ahora lo importante– a un incremento ocasional e imprevisible de la actividad de la empresa de duración, o a una oscilación que parece centrarse más en causas organizativas que productivas, estas obras o servicios nunca podrían incorporarse bajo esta modalidad contractual.

Y todo ello sin olvidar que, además, incluso en esos casos tendríamos que analizar, en primer lugar, si esta obra o servicio tiene una duración superior o no a los seis –o doce en caso de convenio– meses, y, en segundo lugar, si ese incremento

imprevisible y temporalmente limitado de actividad en la que ahora se plasmaría jurídicamente la anterior obra o servicio, se repetiría o se reiteraría en el tiempo. Y ello ya que en estos casos de reiteración no solo resultaría difícil hablar de imprevisibilidad, sino que, además, no encontraríamos ante el volumen normal o estable de la actividad empresarial, aunque este sea diferente en las distintas fases temporales. Y en este sentido, tampoco cabe olvidar cómo el propio artículo 15.2 ET excluye expresamente de esta modalidad temporal las prestaciones ligadas al nuevo y ampliado campo del fijo-discontinuo –art. 16.1 ET–, entre las que destaca, sobre todo, las prestaciones ligadas a las contrata o concesiones mercantiles que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

Pues bien, anticipándonos aun parcialmente a lo que en su momento se señalará en relación con este nuevo contrato fijo-discontinuo, nos limitaremos aquí a destacar como, en primer lugar, esta imposibilidad parece clara e incluso evidente en todas aquellas empresas cuya actividad ordinaria y estructural sea la prestación de este tipo de servicios a otras empresas en el marco de contrata o subcontratas, por ejemplo, en los sectores de limpieza, seguridad o restauración. En estos casos, la aparente posibilidad de articular estas prestaciones como contratos fijos-discontinuos es en realidad una imposición, en la medida en la que, como decimos, su actividad ordinaria e incluso estructural se articula mediante estos arrendamientos de empresa. Y, de hecho, esta limitación creemos que se deducía incluso de la jurisprudencia inmediatamente anterior a la reforma –STS núm. 1137/2020, de 29 de diciembre, dictada por el Pleno de la Sala Cuarta–.

Por ello creemos que en estos campos o sectores –o en otros similares en los que la actividad normal o estructural de la empresa sea la participación en distintas cadenas de valor de otras empresas a través de estos arrendamientos de empresa–, este nuevo subtipo de contrato temporal por circunstancias de la producción solo podría articularse de forma excepcional, en el marco de una contrata o concesión administrativa cuando, cubierto el volumen normal de la misma por fijos-discontinuos, se produzca de forma sobrevenida, o bien un incremento temporal e imprevisible en las necesidades de mano de obra, o, ahora, una oscilación de esta misma plantilla indefinida ligada a la contrata, con el consiguiente desajuste temporal, que podría ser cubierto, solo dentro de estos parámetros, por estos contratos por circunstancias de la producción.

Más dudosa es si esta imposibilidad cabría extenderla a las necesidades de empleo ligadas a las demás contrata o concesiones administrativas imprevisibles o que no formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Y ello ya que, obsérvese, esta limitación no se hace en este apartado del art. 15.2 ET de esta forma, genérica e indeterminada. Muy al contrario, en este punto la exclusión legal se remite a aquellos supuestos de subcontratación que presenten los dos rasgos contemplados en el nuevo artículo 16 ET y que, además, y lógicamente, puedan englobarse en las causas

de temporalidad antes analizadas. De ahí que, a contrario, y al menos en teoría, cuando las contrataciones de las que surgen la necesidad de contratación no reúnan los requisitos del art. 16 ET –esto es no sean “previsibles” y no formen parte de la actividad (volumen) ordinaria o habitual de la empresa– nada podría alegarse, al menos en principio, a su posible articulación como contratos por circunstancias de la producción, siempre, claro está, que, además, la necesidad ocasional encajase en esta primera causa de temporalidad –se trate de un incremento ocasional e imprevisible–, no exceda la duración legalmente establecida –lo que podría plantear problemas dada la duración normalmente anual o plurianual de muchas contrataciones– y así lo pruebe el empresario⁴⁵.

Por tanto, y en conclusión, no creemos que esta vía sea excesivamente amplia, al menos en el marco de la más estricta legalidad. Ontológicamente obra o servicio determinado y eventuales se han movido en dos planos diferentes: el primero fraccionaba tradicionalmente la actividad empresarial y conectaba el contrato de trabajo con la específica contratación empresarial justificando así su temporalidad, aunque se tratase de la actividad o incluso el volumen normal de actividad de la empresa⁴⁶. En cambio, la eventualidad se ha movido tradicionalmente como incremento puntual, temporal o imprevisible sobre el volumen normal de la empresa o, todo lo más, como acumulación de tareas incluso por causas internas –las ya señaladas vacaciones–. De ahí que solo en este último margen –volumen superior al normal– y con estas concretas características –imprevisibilidad y ocasionalidad– pudiera producirse el mencionado trasvase, repetimos, al menos en un plano de estricta legalidad.

5.2. El segundo subtipo: los contratos ocasionales por necesidades previsibles, pero de escasa duración

En cambio, algo más controvertida se nos presenta esta misma cuestión en el caso del segundo subtipo del nuevo contrato por circunstancias de la producción. Y ello ya que, como de todos es sabido, en la fase final de la negociación, y quizás como contrapartida hacia las posiciones empresariales, se incorporaron al número 2 del artículo 15 ET dos últimos párrafos que permiten articular por esta vía la contratación ante meras “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”, sin mención por tanto alguna a que estas contrataciones tengan que

45. Desde esta perspectiva, el espacio que podría quedar a la contratación temporal en este campo de contrataciones y subcontratas sería entonces similar al que en última instancia delimitó antes de la reforma el propio Tribunal Supremo; esto es, cuando esta necesidad “pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de la actividad de la empresa” –véase STS (Sala de lo Social) de 2 de febrero de 2021 N.º de Recurso: 3379/2018, N.º de Resolución: 133/2021; ECLI:ES:TS:2021:406–.

46. Al menos hasta el cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo previamente señalado en las notas anteriores.

suponer un incremento sobre el volumen normal de actividad –que, obsérvese, no tiene por qué ser homogéneo dentro del año– de la empresa,

Dando por descontado que en este caso el término “ocasional” no debe interpretarse como accidental o por azar –ya que entonces difícilmente podría ser también previsible–, parece lógico considerar que el legislador ha querido hacer referencia en este caso a una segunda acepción del término, como necesidad, básicamente esporádica, puntual y limitada en el tiempo, lo que justificaría además que no puedan utilizadas más de noventa días en el año natural, un periodo este que, además, no podrá “ser utilizados de manera continua”.

De hecho, esta interpretación que en gran parte descausalizaría –al menos en el sentido clásico– la contratación laboral de muy escasa duración, se fortalece incluso cuando se compara la articulación de esta segunda modalidad con el contrato fijo-discontinuo. Y es que en este caso, y a diferencia del primer subtipo, la exclusión no se hace con todas las actividades del art. 16.1 ET –que incluye, por ejemplo, los trabajos de temporada– sino tan solo para cubrir las necesidades derivadas de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio, claro está, de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores –esto es, interpretamos, un incremento puntual sobre la actividad normal de la misma o una oscilación que provoque un desajuste de empleo–. De ahí que estas necesidades temporales, puntuales u ocasionales, pudieran aparentemente cubrirse sin más a través de esta vía, amparándose, tan solo en su escaso periodo de actividad. Y ello, obsérvese, con la consiguiente ampliación del campo de aplicación de los contratos de puesta a disposición y, por tanto, del nicho de actividad de las Empresas de Trabajo Temporal.

Pues bien, sin podernos detener aquí en las enormes dudas que esta segunda submodalidad plantea –y que hacen vacilar incluso de la homogeneidad de este tipo contractual temporal– parece evidente que en este caso la mínima exigencia “causal”, y, sobre todo, la admisibilidad de su previsibilidad, permitirían articular por esta vía muchos de los anteriores contratos de obra o servicio, eso sí, siempre que sean de muy escasa duración. A nuestro juicio, ello será especialmente posible en el ámbito del empleo agrario, uno de los sectores que, como vimos, más intensivamente utilizaba esta modalidad. Cuestión distinta es si la escasa duración de los mismos, unida a su término, aparentemente cierto, se ajustará en otros muchos sectores a una modalidad en la que, para el año 2020, tan solo 800.000 de los 6.241.088 contratos tenían una duración prevista inferior a los tres meses.

Ahora bien, para conocer finalmente este impacto seguramente otro de los aspectos esenciales será saber cómo se interpreta la limitación de noventa días en el año natural que, con al menos una interrupción, establece el art. 15.2 ET en su cuarto párrafo.

En principio, parece indudable que durante esos noventa días el número de contratos temporales puede ser, en principio, tan amplio como se quiera siempre, claro

está, que pueda demostrarse su conexión con la necesidad temporal ex. art. 15.1 ET y que, además, se ejecuten dentro del mismo periodo interrumpido anual. En este ámbito, el posible papel de los convenios colectivos –art. 15.8 ET, sobre el que más tarde volveremos– parece, por tanto, fundamental.

En cambio, más dudosas son otras cuestiones. La primera, si los noventa días son naturales o laborales/hábiles. A mi juicio, es evidente que lo primero, ya que, por un lado, salvo que otra cosa se indique el computo de plazos en el ámbito laboral debe seguir las reglas del art. 5 del Código Civil. Y, en segundo lugar, ya que lo que se establece no es ni tan siquiera un tope de días trabajados sino una ventana temporal cuyas previsiones deben ser, además, trasladadas anualmente a la representación legal de los trabajadores.

La segunda es si estos noventa días de “ventana de temporalidad” casi acausal deben ser uniformes para toda la empresa o podrían, por ejemplo, diversificarse en función, ya sea de cada centro de trabajo –grandes superficies en función de las festividades locales o autonómicas– o de cada una de las específicas actividades que pudiera desarrollar la empresa o incluso centro –distintas fechas de recogida de los distintos cultivos de una misma empresa–. Pues bien, aunque en principio podrían incluso comprenderse las razones de una interpretación amplia de esta posibilidad –adecuación a las necesidades de las empresas, no provocando una competencia “desleal” en función de su mayor o menor dimensión territorial e integración de diversas actividades–, lo cierto es que, tanto por razones literales –la norma en este punto es clara, y se refiere a la empresa como unidad–, como incluso por la necesidad de una interpretación restrictiva de lo que no deja de ser casi una excepción al principio de causalidad y de preferencia de la contratación indefinida, consideramos que la respuesta más lógica es interpretar que esos noventa días naturales no continuos deberán ser fijados para toda la empresa, incluyendo todos sus centros y con independencia de cada una de las posibles actividades que desarrolle, por muy diferenciadas que estas sean. Si en ocasiones la dimensión de la empresa o la integración de diversas actividades puede ser una ventaja para una empresa frente a otra, parece también razonable que cuando ocurra lo contrario deba estar o pasar por ello.

6. LA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO “ADSCRITO A OBRA”

6.1. Encuadramiento histórico: el origen de la institución y del problema

Una vez analizada la posible utilización del nuevo contrato por circunstancias de la producción como posible mecanismo de cobertura o articulación de las necesidades anteriormente cubiertas por contratos de obra o servicio, el segundo “puerto de destino” al que, en esta ocasión, casi sin ninguna duda, se desplazarán buena parte de

estos contratos temporales celebrados en el sector de la construcción –esto es, los anteriormente denominados “contratos fijos de obra”– es, en principio, el contrato indefinido al que, eso sí, y en este concreto sector, se ha denominado como “adscrito a obra” y para los que se establece una nueva causa de extinción “por motivos inherentes a la persona trabajadora”.

En este sentido, no vamos a detenernos aquí a recordar como ya desde las viejas Ordenanzas Laborales de 1946 –modificada en 1951– y 1970 –modificada nuevamente en 1973–, el sector de la construcción se dotó de una modalidad ciertamente singular de contrato de obra o servicio determinado –el fijo en obra– cuya transformación en fijo de plantilla se preveía por el paso de un cierto lapso de tiempo –cuatro o dos años– con diferencias, eso sí, en función de que el mismo se alcanzara en sucesivas obras de forma ininterrumpida o en una sola obra de larga duración.

Pues bien, esta misma modalidad fue objeto posteriormente de recepción –aunque para algunos desnaturalización– en los sucesivos Convenios Generales de la Construcción. Estos distinguieron, a su vez, dos submodalidades en función de la adscripción del trabajador a una única obra o, por el contrario, a la previsión de su adscripción a varias y sucesivas obras dentro de la misma provincia siempre, claro está que para ello contará con el acuerdo expreso del trabajador y con una duración máxima de tres años. Y aunque este singular modelo de contrato planteó algunas dudas sobre su legalidad, las mismas fueron solventadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ratificando su legalidad y su distinción con el contrato indefinido o fijo de plantilla en la terminología propia del sector⁴⁷.

En cualquier caso, y en el marco del conocido diálogo que durante años ha mantenido la negociación colectiva de este sector con el legislador estatal, tanto la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006 como la misma disposición del ET –surgida, a su vez, de la DA 1 de la Ley 35/2010– vinieron, por un lado, a remitir a la “negociación colectiva de ámbito estatal la “adaptación” de la modalidad de obra o servicio para los trabajadores que concurren en las obras de construcción” y, de la otra, a considerar que lo dispuesto en el artículo 15.1.a) –duración máxima de contrato–, en el art. 15.5 ET –transformación en indefinido por sucesión contractual– y en el artículo 49.1.c) –cuantía de la indemnización por fin de contrato– ET se entendía “sin perjuicio” de lo que se establezca o pudiera establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva.

Y lo cierto es que ya fuera en la redacción original del art. 20 IV CCGC de 2007 como, sobre todo, en la redacción recogida en el Acta 2/2011 de la Comisión Negociadora, se produjo una amplia renovación de esta modalidad, centrada básicamente en clarificar, sin ninguna género de duda, la inaplicación a las dos submodalidades recogidas en el mismo de las reglas generales sobre duración máxima del contrato de

47. Véase STS (Social) de 30 junio 2005, ECLI ES:TS:2005:4379

obra o servicio determinado y de las reglas sobre limitación en el uso sucesivo de diversos contratos –art. 15.1.a) y art. 15.5 ET, tanto en su versión original, como en la modificada en 2010. Y es esta, en definitiva, la regulación hoy básicamente contemplada en el art. 24 VI CCGC de 2017.

En cualquier caso, y como decimos, esta singular regulación y la amplísima utilización de esta modalidad, como figura típica del sector, provocó, no solo algunas situaciones ciertamente abusivas, sino, también una altísima temporalidad, especialmente en la actividad de obra, como puede comprobarse recordando la exigencia del art. 11 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto de que todas las empresas contratadas o subcontratadas habitualmente para trabajos de obras en el sector de la construcción contasen con al menos –obsérvese– un 30% de contratos indefinidos en su plantilla.

Pues bien, fue en este marco en el que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2021, EV, asunto C-550/19⁴⁸ finalmente abordó estos problemas, señalando que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» no podía considerarse justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, por el simple hecho de que cada uno de esos contratos se suscribiese con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impediría en la práctica, al empleador de que se trate atendiese, a través de dicha renovación, necesidades de personal permanentes y estables.

Sin poder detenernos aquí a realizar un análisis exhaustivo de esta sentencia, lo cierto es que la misma suponía una clara brecha en la línea de flotación de esta modalidad y en la, seguramente, excesivamente amplia exclusión de las reglas generales contra el abuso de la temporalidad, por mucho que se fijase una indemnización de salida alta y específica para el sector.

6.2. De nuevo sobre los problemas transitorios

Pues bien, para solucionar esta situación, el artículo 2 del Real Decreto Ley 32/2021 viene a modificar la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006 –aunque no, obsérvese, la misma Disposición Adicional del ET, en lo que, al menos a primera vista, parece un simple olvido del acuerdo al que, creemos, no debe darse mayor importancia– cuya fecha de entrada en vigor, ya hemos señalado, parece ser igualmente la del día siguiente a la publicación de la mencionada norma, al no estar incluida en ninguna de las *vacatio legis* de tres meses establecidas en el punto 2 de la DF 8 de este mismo Real Decreto-ley.

Por tanto, desde el 31 de diciembre de 2021 habría desaparecido definitivamente el apoyo legal a la tradicional modalidad de fijo de obra en la construcción. Cuestión

48. ECLI:EU:C:2021:514

distinta y seguramente más compleja –como en general lo es todo lo relativo a la entrada en vigor y la transitoriedad de esta norma– es si esta ausencia impediría la formalización de contratos temporales en las obras del sector de la construcción. Y ello ya que, como se recordará, no solo la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 15 ET lo que se ha pospuesto tres meses, sino que también lo ha hecho la derogación de “cualquier norma del ordenamiento jurídico” referida al contrato de obra o servicio contemplada en la Disposición derogatoria única punto 3 –Disposición final octava.2 letras b) y f)-.

Pues bien, en este confuso contexto se abren, al menos, dos posibilidades radicalmente antitéticas. La primera considerar que el art. 24 del VI CCGC seguirá en vigor, ya que, como hemos señalado, la derogación de las referencias al art. 15.1.a ET contenidas en cualquier norma del ordenamiento jurídico, prevista en la Disposición derogatoria única punto 3 del RDL 32/2021 solo entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE. Desde esta perspectiva, la nueva redacción ya vigente de la DA 3 Ley 32/2006 no impediría esta situación en la medida en la que su desaparición no impediría la vigencia de una norma convencional que, en sus rasgos esenciales, ya había sido aceptada por el Tribunal Supremo antes incluso de la aprobación inicial de la misma. De hecho, esta misma interpretación podría incluso fortalecerse si recordamos cómo la DA 3 ET no ha sido tampoco derogada. Cuestión distinta es si el singular régimen transitorio establecido en la Disposición Transitoria cuarta sería aplicable –al ser una norma legal general, a mi juicio aplicable a todos los contratos de obra o servicio determinado, como lo es el dijo de obra– limitando si acaso la duración máxima de estos contratos a seis meses como parece querer establecer este precepto para todos los contratos de obra o servicio determinado.

Ahora bien, también cabría sostener que esta interpretación podría dar lugar a una situación casi esquizofrénica, al permitir a los contratos suscritos durante estos tres meses una valoración radicalmente distinta de un mismo evento, la finalización de la obra ya sea como un término resolutorio de un contrato temporal, ya sea como una causa de activación del complejo proceso previsto en la nueva DA 3 Ley 32/2006. De ahí que, por simple coherencia, cupiera al menos sostener una segunda interpretación, radicalmente distinta, y en virtud de la cual la nueva regulación de la mencionada DA 3 Ley 32/2006 habría supuesto, al menos para este sector, la imposibilidad de considerar la obra o servicio determinado como causa habilitante para la formalización de contratos, ya sea fijo de obra, o incluso de obra o servicio, al amparo de la DT 4 RDL 32/2021.

De hecho, esta última interpretación podría incluso apoyarse si tenemos en cuenta la distinta redacción de las Disposiciones transitorias tercera, punto 1 y cuarta del RDL 32/2021. Y ello ya que mientras la primera norma sí hace referencia expresa tanto a los contratos de obra o servicio como a los contratos fijos de obra suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción

antes del 31 de diciembre de 2021 para regular su régimen transitorio, la segunda norma, relativa a los contratos celebrados entre el 31 de diciembre hasta el 30 de marzo de 2022 solo hace referencia a los contratos de obra o servicio determinado, y no a los fijos de obra, quizás ya que en la lógica del legislador estos últimos no habría podido ser suscritos después de la primera de ambas fechas.

En cualquier caso, y dejando a un lado esta controvertida cuestión, tampoco resulta totalmente clara la situación de los contratos fijos de obra que, vigentes el 31 de diciembre de 2021, extienden sus efectos más allá de esa fecha. Es cierto que la norma señala que mantendrán su vigencia hasta su duración máxima, en los términos recogidos en su normativa legal y convencional entonces vigente. Y que, por tanto, cuando se trate de un fijo de obra para una única obra la finalización de la obra supondrá por tanto la extinción de la relación. El problema, como se intuirá fácilmente, aparece en el caso del contrato o contratos para sucesivas obras al amparo de la posterior aceptación expresa del trabajador. Y ello ya que en estos casos esta modalidad ha podido verse tradicionalmente ya sea como un único contrato o como un contrato “programa” que preveía la posibilidad de distintos y sucesivos contratos en su seno cada uno de ellos para una obra sucesiva⁴⁹. La distinción es importante ya que, en el primer caso, cabría sostener la viabilidad de sucesivos encargos hasta el agotamiento del plazo temporal de tres años. En cambio, de acoger la segunda interpretación, podría sostenerse que una vez agotada la obra en la que prestaba servicios en el momento de entrada en vigor de la reforma el contrato se extinguiría, sin posibilidad de “extenderlo” ni mediante acuerdo a otras obras de la misma provincia.

La cuestión, como decimos, puede provocar algunas dudas, aunque al menos en mi opinión la clara opción del artículo 24 VI CCGC de considerarlo como un único contrato –“manteniéndose el carácter de único contrato– y la remisión de la DT 3 a estas mismas reglas convencionales –“en los términos recogidos en los citados preceptos”– nos induce a considerar que en este segundo tipo de contrato la relación podrá extenderse a nuevas obras de la misma provincia en el plazo de tres años consecutivos desde su estipulación.

6.3. Algunas notas sobre la nueva regulación

Pues bien, sentado todo lo anterior, lo primero que llama la atención de este nuevo precepto es que, a diferencia de su antecesora, el texto actualmente vigente de la DA 3 Ley 32/2006 no establece ni contempla una mera remisión a la negociación colectiva sectorial estatal. Muy al contrario, lo que establece ahora la norma es una regulación legal, casi completa y exhaustiva que, en realidad, deja poco espacio –aunque alguno ciertamente deja– a una labor complementaria de la misma por parte de

49. Véase, por ejemplo,

la autonomía colectiva o, más concretamente, del Convenio General del Sector de la Construcción al que, al menos implícitamente parece remitirse normalmente.

La razón de este cambio de perspectiva y técnica seguramente debe encontrarse en el cambio material de la sede o institución sobre la que se actúa. Y ello ya que, lejos de establecer una nueva modalidad contractual, adaptando y completando la regla general legal –como hacía la anterior redacción legal–, lo que hace ahora el nuevo texto es establecer una nueva causa de extinción por muy sectorial que, como veremos sea; un campo este, el de la extinción, en el que, como se comprenderá, la capacidad reguladora de la negociación colectiva se encuentra mucho más limitada.

De esta forma, además, la nueva norma parecería ajustarse a la lógica reductora del número de modalidades que claramente inspira técnicamente la reforma. Formalmente la reforma eliminaría una modalidad, incluyendo en cambio una nueva causa de extinción. Pero, en realidad, si se observa con mayor profundidad, este resultado es, al menos a mi juicio, más formal que material. Y ello ya que, al incorporar esta causa de extinción, la norma no lo hace de manera genérica para todo el sector de la construcción, sino para un concreto tipo de relación laboral que denomina ahora “contrato de trabajo indefinido adscrito a obra” y que, por tanto, materialmente se configura como una modalidad contractual indefinida, caracterizada, además, y como la anterior, por el impacto que sobre la misma tendrá la finalización de la obra.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que esta modalidad –repetimos, única para la que está prevista legalmente esta causa de extinción– viene delimitada tanto funcional como objetivamente.

En primer lugar, funcionalmente, en la medida en la que solo está prevista, como decimos, para contratos indefinidos en el sector de la construcción. La delimitación de este sector parece hacerse mediante una genérica remisión al ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción, siendo, al menos a mi juicio, una delimitación abierta a las posibles adaptaciones y ampliaciones que esta misma norma general pudiera experimentar, ya sea en su articulado (art. 3 CCGC), o en el correspondiente Anexo (Anexo I), como consecuencia, normalmente, de la incorporación de nuevas actividades o ámbitos de negocio.

No obstante, este mismo carácter sectorialmente limitado plantea inmediatamente la duda sobre qué ocurrirá con aquellos otros sectores cubiertos por convenios sectoriales distintos, pero que quizás por abarcar ciertos grupos o clases de la actividad F del CNAE, han desarrollado igualmente una modalidad contractual similar al contrato fijo de obra; baste pensar en lo que acontece actualmente con el art. 22 del III Convenio colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal⁵⁰. Pues bien, en principio, la norma legal parece clara, sin que establezca la

50. Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019.

posibilidad de ampliaciones convencionales de su ámbito funcional por Convenios Generales distintos al de Construcción. Cuestión distinta, obviamente, es que la lógica que inspira a este precepto acabe también intentando trasladarse a estos otros sectores mediante un intento de recepción de su propia regulación convencional, aunque ahora, seguramente, bajo la figura del contrato fijo-discontinuo. El único problema en este caso sería la relación con el despido colectivo que en la DA 3 de la Ley 32/2006 sí aparece resuelta, aunque ello sea, al menos a nuestro juicio, otro auténtico semillero de problemas. Pero no avancemos acontecimientos.

Por ahora nos interesa resaltar como junto a esta delimitación funcional, resulta esencial, nuevamente, una delimitación contractual y objetiva. Y ello ya que esta causa no juega ni resulta aplicable a todos los contratos en este sector de actividad. Tan solo resulta aplicable para los contratos indefinidos –y no, por tanto, para otras modalidades como los contratos en prácticas o formación, etc.- que la norma, como decimos denomina además como “adscritos a obra”.

En este sentido, esta misma norma comienza incorporando una delimitación ciertamente amplia de tales contratos al considerar como tales a todos aquellos pactos cuyo objeto sean tanto “tareas” como “servicios” –lo que parece intentar incluir tanto prestaciones básicamente físicas, como prestaciones esencialmente intelectuales–, con la única condición de que ya sea su “resultado”, pero también, obsérvese, su “finalidad” “estén vinculados a obras de la construcción”.

Pues bien, a mi juicio es este último participio el que debe darnos la clave para comprender correctamente esta delimitación. Y ello en la medida en la que en este caso la vinculación no pretendería hacer referencia a una simple o genérica conexión, directa o indirecta con las obras propias del sector. Muy al contrario, creemos que lo que la norma pretende destacar –por utilizar la terminología de la RAE– es que el objeto inicial de la prestación esté sometido, conectado, en cuanto a su continuidad y subsistencia, a la concreta obra con las que esté vinculado, normalmente mediante su identificación en el propio contrato, obligando o bien a su modificación o incluso a su extinción, cuando aquellas a las que inicialmente estaba adscrito, se agotasen o concluyeran.

Sería, por tanto, esa delimitación objetiva de la actividad pactada y su vinculación con una o más concretas obras las que justificarían la calificación como indefinido adscrito a obra de estas concretas relaciones. Y ello ya que solo de esta forma, mediante esta específica identificación –seguramente en el propio contrato inicial– de la concreta o concretas obras a las que el empleado está inicialmente adscrito se lograría articular y justificar el impacto que sobre esta relación tiene la finalización de tales obras, y sobre el que volveremos casi inmediatamente.

De esta forma también cobraría sentido la delimitación negativa de esta misma causa de extinción. Y ello ya que la exclusión del “personal de estructura” se justificaría, en definitiva, por la subsistencia de sus tareas o funciones, que no se agotarían

por la finalización de cada una de las respectivas obras o construcciones en las que esté embarcado o implicado la empresa. Es cierto que la norma tampoco define qué debe entenderse por este personal de estructura. Pero de la propia práctica empresarial o incluso de su conocida acepción en el ámbito de las ETT –por su contraposición a los empleados en misión– bien podríamos definir a estos empleados “internos” como aquellos asalariados cuya prestación laboral esté ligada a los procesos estratégicos y de estructura organizacional y administrativa de la empresa, y que, por tanto, no se aplican de forma directa en la actividad operativa de cada una de las obras o construcciones en las que participa el empleador.

Si esto es así, la única duda que podría plantearse serían los hipotéticos efectos en la calificación de la relación de la ausencia de toda fijación en el contrato inicial de elementos suficientes para la identificación de la obra. Más allá de que, al menos a nuestro juicio, esto en raras ocasiones ocurrirá dado el tenor literal del artículo 22 del CCGC de 2017, creemos que en este caso lo más ajustado sería considerar en principio que el trabajador habría sido contratado sin adscripción específica a una obra –y, por tanto, como fijo de plantilla–, por lo que no jugaría en este caso la concreta causa de extinción aquí analizada, aunque también creemos que cabría plantear al menos la posibilidad de prueba en contrario que justificase su asignación específica y exclusiva a una concreta obra o construcción.

Pues bien, desde estas premisas, y una vez delimitado el campo de actuación de esta regulación, lo segundo que seguramente debe señalarse es que esta DA, más que regular única y exclusivamente una concreta causa de extinción, aborda de forma mucho más amplia una cuestión distinta pero inescindiblemente conectada: los efectos sobre la relación, ahora indefinida, de la finalización de la obra o de las obras sucesivas a las que se asignó inicialmente el empleado. Y lo hace, como veremos, siguiendo la lógica o el modelo del contrato para varias obras en la misma provincia previsto anteriormente en el art. 24.3 CCGC de 2017 si bien, lógicamente, sin limitación temporal alguna –ya que, recuérdese, ahora no nos encontramos ante un contrato temporal sino ante un contrato indefinido– y estableciendo importantes obligaciones empresariales de formación y recolocación a la finalización de cada una de ellas.

En cualquier caso, de lo que tampoco parece que quepa duda alguna es de que la nueva norma es igualmente deudora de la anterior regulación convencional en la delimitación del elemento que pone en marcha toda esta regulación; esto es, al delimitar el concepto de finalización de las obras o servicios inicialmente pactados que, eso sí, pasa ahora de ser un término resolutorio *incertus quando*, propio de un contrato temporal, a un evento que, constatado y verificado, pone en marcha todo un proceso destinado o bien a modificar el objeto de la prestación, tanto desde una perspectiva locativa, como incluso funcional, o, en su caso, a provocar la extinción por parte del propio empleado o por parte del correspondiente empleador.

En este sentido, basta una simple lectura de la norma legal para detectar como esta incorpora ya algunas consideraciones clásicas de la anterior regulación convencional como el hecho de que considere como tal finalización no solo la conclusión global de la obra, sino también la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución/obra debidamente acreditadas –y que, añadimos nosotros siguiendo la lógica del CCGC, hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse este de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada–; así como la paralización definitiva o temporal, aunque siempre de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad, dentro de la cual, a pesar del silencio del legislador, creemos que, por continuidad con la anterior regulación convencional, no deberían incluirse las paralizaciones consecuencia de un conflicto laboral.

De hecho, en este campo, la innovación más llamativa –además de la exigencia de que la finalización sea real, verificable y efectiva– es que la comunicación de esta finalización a la representación legal de los trabajadores y, en su defecto, a las comisiones paritarias provinciales, antes prevista solo para los supuestos de paralización, se amplía ahora a todos los supuestos de finalización sin distinción, ampliándose incluso los sujetos destinatarios de dicha comunicación, que ahora serán necesariamente los dos antes señalados y, en su defecto –¿de uno o de los dos sujetos inicialmente destinatarios?–, los sindicatos representativos del sector, con una antelación de cinco días.

Sea como fuere, lo importante es que al menos con quince días (debemos entender naturales como de hecho se deducía en el art. 24.6 VI CCGC) de antelación a la finalización de su trabajo en la obra –y, por tanto, del objeto inicial o, lógicamente, sucesivo del contrato– el empleador deberá comunicar por escrito al trabajador o bien una propuesta de recolocación que se incorporaría al contrato o bien una propuesta extintiva.

La primera opción, esto es, la propuesta de recolocación, resulta obligatoria para el empleador siempre que, sin existir otras personas con mejor derecho que agoten estas vacantes, existan en la misma provincia obras en las que pueda prestar servicios el empleado, al ser la nueva prestación ofrecida acorde a su cualificación profesional –básicamente, creemos, titulación y formación preventiva (véase el art. 139 CCGC de 2017)–, y a su nivel, función y grupo profesional (véase el Anexo X del CCGC) o a las que, en su caso, pudiera adquirir tras un proceso de formación o recualificación.

Desde esta perspectiva, la cualificación y formación preventiva del empleado acreditada normalmente mediante la tarjeta Profesional de la Construcción –art. 150 CCGC 2017– se convertiría así en la pieza esencial que delimitaría el ámbito funcional de las ofertas de recolocación; un ámbito este ampliable, además, mediante el desarrollo, de ser preciso, de procesos de formación que, se destaca, podrían desarrollarse con antelación a la finalización de la obra, y serían siempre a cargo de la empresa, del mismo modo que podrían realizarse directamente o a través de una entidad

especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a las cuotas empresariales.

En cualquier caso, la extraordinaria casuística que esto conlleva, más aún en el marco del sistema de cualificación profesional del sector de la construcción –DA 7 CCGC– hace que la propia norma legal remita a “la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción” la determinación de “los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”.

Mientras tanto, lo que sí aclara la norma es que la propuesta de recolocación deberá ser formalizada por escrito mediante una cláusula que se anexará al contrato de trabajo y que deberá precisar “las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles (en su caso, añadimos nosotros) para ocupar el nuevo puesto”.

En cambio, entendemos que esta misma comunicación, con la misma forma escrita e idéntico plazo, deberá igualmente realizarse cuando o bien no existan obras de la empresa en la misma provincia –obsérvese, no del grupo en el que la empresa se inserte, salvo, claro está, que haya confusión de plantillas o sea el propio grupo el empleador– acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación; o cuando aun existiendo dichas obras en la mencionada provincia o bien no existan vacantes adecuadas a su cualificación –o a la que pudiera adquirir tras los mencionados procesos de formación o recualificación– o bien, aun existiendo, se conozca la presencia de personas con un derecho prioritario de acceso que impidan tal recolocación.

En este último caso, la norma remite nuevamente a la negociación colectiva de ámbito estatal del sector la determinación de tales criterios de prioridad o permanencia “que deben operar en caso de concurrir estos motivos en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra”.

Pues bien, en todos los casos en los que no se produzca efectivamente la recolocación, ya sea por la imposibilidad de esta en los términos antes señalados, o porque el trabajador la rechaza –lo que se interpretará que acontece si no contesta por escrito, aceptándola, en el plazo de siete días desde la comunicación empresarial– el contrato o los contratos indefinidos adscritos a obra se considerarán extinguidos por “motivos inherentes a la persona trabajadora” devengándose la ya clásica indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o, se señala la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción.

Más allá de que esta extinción deba ser puesta en conocimiento de la representación legal con una antelación de siete días, lo que sin duda más llama la atención

es que esta causa de extinción pretende aplicarse “con independencia del número de trabajadores afectados”.

De hecho, consideramos que la extraña denominación de esta concreta causa de extinción solo puede justificarse por el deseo de considerar que tales extinciones escapan del cómputo, no ya tanto del artículo 51 ET –ya que ambas son normas legales, debiendo ser prioritaria la específica o sectorial– como, sobre todo, del artículo 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998.

El problema, no obstante, es que, como ya ha señalado el propio Tribunal de Justicia, el concepto de despido –y, conexas, añadimos nosotros, de motivos inherentes a la persona del trabajador que permiten excluir estas extinciones del cómputo recogido en la Directiva– es “un concepto de Derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros”⁵¹; es un concepto, por tanto, rígido para el legislador nacional y en el que creemos que si bien podrían llegar a encuadrarse supuestos de sobrevenida incapacidad para la actividad desarrollada en otras obras, o incluso, aunque ya aquí con dudas, la no aceptación de la recolocación por parte del propio trabajador ante la modificación del lugar de trabajo⁵², plantea muchas más dudas –al menos a mi juicio– cuando bajo esta denominación se tratan de encubrir razones estrictamente empresariales, ligadas, por ejemplo, a la finalización de la obra y la inexistencia de cualesquiera otras en la provincia.

Sea como fuere, la cuestión puede llegar a ser importante en la medida en la que la norma no plantea, como quizás hubiera podido, un periodo de consultas o una comunicación a la autoridad laboral en aquellos supuestos subjetivamente más

51. STJ (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, asunto C-422/14. EU:C:2015:743

52. Como ya recordó el apartado 55 de la STJ de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, antes mencionada: “la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”. Un matización a la misma en STJ (Sala Décima) de 21 de septiembre de 2017, Ciupa y otros asunto C-429/16, ECLI:EU:C:2017:711, apartado 28, de acuerdo con la cual, cuando “un empresario lleve a cabo, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador o... una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador (la misma) no puede calificarse como «despido», en el sentido de dicha Directiva”. No obstante, véase la posterior STJ (Sala Décima) de 21 de septiembre de 2017, Socha, asunto C-149/16, de acuerdo con la cual, si bien la mera modificación puede no encuadrarse en el concepto de despido: “Por el contrario, la resolución del contrato de trabajo subsiguiente a la negativa del trabajador a aceptar una modificación como la propuesta en la rescisión modificativa debe considerarse que constituye una extinción del contrato de trabajo producida a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de la citada Directiva, de modo que debe tenerse en cuenta para calcular el número total de despidos llevados a cabo”.

amplios, sino que se limita a señalar que estas extinciones deberán ser puestas en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad” y dará lugar –siguiendo la estela de las indemnizaciones de precariedad específicas del anterior contrato fijo de obra– a una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación⁵³ y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción

Sea como fuere, y para ya cerrar este círculo, el artículo 3 del Real Decreto-ley 32/2021 ha procedido igualmente a modificar el apartado 1 del artículo 267 para poder considerar en situación legal de desempleo a las extinciones del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora.

7. LA MODALIDAD “ESTRELLA” DE LA NUEVA REFORMA: EL NUEVO CONTRATO FIJO DISCONTINUO.

En cualquier caso, y junto a estos contratos indefinidos adscritos a obra para el sector de la construcción, el otro gran “destino” y, por qué no decirlo, la otra gran apuesta de la reforma en la lucha contra la tasa excesivamente alta de temporalidad es, sin duda, un viejo conocido de nuestro ordenamiento: el contrato fijo-discontinuo que, presente desde hace tiempo en nuestro país, nunca alcanzó en nuestro sistema el papel fundamental que muchos quisieron otorgarle.

No es este, obviamente, el momento de analizar con detenimiento esta figura, pero sí al menos de señalar como la misma, si bien por un lado presenta una mayor estabilidad que la simple reiteración de contratos temporales, permitiendo además la mejora de los datos estadísticos, no es en cambio, ni un ideal de calidad en el empleo, ni una opción asumida en muchos casos de forma voluntaria por los propios trabajadores; es, en otras palabras, y repetimos, en muchas ocasiones, un mal menor que intentará dar una vía de flexibilidad a las empresas al mismo tiempo que otorga algo más de seguridad al trabajador, mejorando, desde luego, los datos estadísticos siempre presentes en la mente del legislador. De ahí, como veremos, que la reforma incorpore normas en relación con la igualdad de derechos o su novación a un contrato continuo o permanente, similares o incluso en ocasiones casi simétricas a las establecidas igualmente para los trabajadores con contratos temporales o lógicamente, a tiempo parcial.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que la reforma, pospuesta igualmente en su entrada en vigor tres meses desde su publicación en el BOE⁵⁴, parte de

53. Sobre los conceptos salariales y extrasalariales véase el artículo 47 y siguientes del CCGC de 2017.

54. No podemos detenernos aquí a analizar los problemas de transitoriedad en esta figura, máxime cuando se constata cómo, a diferencia de otras modalidades, en este caso el RDL 32/2021, salvo error u

un claro deseo de incrementar la utilización de esta modalidad que se aprecia, ya desde un principio, en la evidente ampliación, desde una triple perspectiva, de su tradicional y original campo de aplicación.

En primer lugar, absorbiendo ya, clara y expresamente, el contrato fijo periódico, y derogándose para ello el art. 12.3 ET en sede tradicional de contrato a tiempo parcial⁵⁵. Como es bien sabido, esta atormentada distinción entre fijos periódicos y fijos discontinuos se ha pretendido justificar durante muchos años, ya sea en función de la mayor o menor certeza en el momento de la activación o del inicio cíclico de la prestación, como, en segundo lugar, –y, al menos a mi juicio, de forma mucho más lógica y acertada– en el carácter permanente o no de la intensidad cíclica de esta demanda empresarial que, especialmente en el caso del fijo discontinuo, justificaría la necesidad de llamamientos como sistemas de ordenación y prelación de los trabajadores ante la concreta intensidad de la demanda.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que esta distinción, y esta separación en el tratamiento de los trabajadores cíclicos ha sido en no pocas ocasiones un auténtico semillero de problemas. Lo fue, en su momento, en relación con la exclusión o no de algunos de ellos en relación con la situación legal de desempleo durante los periodos de inactividad. Pero lo ha sido también en el plano de la regulación laboral ante las insuficiencias que esta dicotomía planteaba en diversas ocasiones. Piénsese, por señalar algunas, en la llamativa aplicación a los fijos periódicos de las reglas que, como teóricos trabajadores a tiempo parcial, prohibían las horas extraordinarias y remitían el tiempo suplementario a unas horas complementarias que, en esencia, estaban pensadas para desarrollarse en una franja de jornada ordinaria, normalmente cubierta ya por el fijo periódico en sus periodos de actividad. O, desde otra perspectiva, los problemas derivados de la aparente inaplicación al fijo discontinuo de reglas que seguramente sí debieron incorporarse a su marco jurídico como la prohibición de su imposición por la vía del art. 41 ET o el derecho de información o incluso de acceso prioritario a las posibles vacantes continuas a las que, en cambio, sí tenían derecho los fijos periódicos.

Por ello, en este punto, la opción del legislador nos parece en principio correcta, al unificar ya todo el trabajo discontinuo –o intermitente en la expresión legal–, ya sea de fechas ciertas y determinadas o en fechas inciertas e indeterminadas en el seno de una única relación que, por un lado, las libere de reglas no siempre pensadas para

omisión por mi parte, no han establecido reglas transitorias específicas para esta concreta tipología contractual. A nuestro juicio, no obstante, parece lógico considerar que, si bien las escasas normas legales novedosas no serían aplicables a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 16 ET, no ocurrirá así, seguramente, con las normas colectivas que se dicten a su luz, básicas como veremos en el nuevo esquema de regulación y que seguramente no distinguirán en función de la fecha de estipulación del contrato.

55. Además de la desaparición de otras menciones legales, por ejemplo, en el art. 267.1.d) LGSS.

ellas –prohibición de horas extraordinarias, patos de horas complementarias...- al mismo tiempo que establece para todas una importante serie de derechos protectores ya sea en relación con los derechos de conciliación, el cálculo de la antigüedad o el derecho de información de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario en cuyo contenido, nuevamente por razones obvias, no podemos detenernos aquí.

Es cierto que, al hilo de esta unificación, la definición de esta modalidad se ha ampliado extraordinariamente, alejándose de la tradicional estacionalidad para, como veremos, centrarse en las necesidades intermitentes de la empresa, sobre todo cuando estas no dependan de una fase temporal del año, sino por ejemplo –como veremos– de la mayor o menor consecución de contratos o concesiones por parte de la empresa. Ello puede plantear serios problemas de cercanía de esta modalidad con los denominados contratos a llamada o cero horas, para los que quizás, las simples exigencias de contenidos establecidas en el art. 16.2 ET o ciertas llamadas a la negociación colectiva no sean suficientes, sobre todo si se quiere garantizar, antes de agosto de 2022, las garantías informativas que plantea 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. Y todo ello, claro está, sin olvidar las dificultades para deslindar esta modalidad del simple contrato a tiempo parcial sobre base anual que, de aceptarse esta visión casi omnicomprendensiva y adaptable, podría también considerarse absorbido sustancialmente por esta nueva modalidad.

En cualquier caso, y como ya avanzábamos, no es esta la única ampliación de este campo. En segundo lugar, destaca igualmente el reconocimiento expreso de la posibilidad de que las ETT contratasen laboralmente a sus empleados en misión –esto es, los que, a diferencia de los de estructura, son contratados para ser cedidos a las empresas usuarias–, mediante un contrato fijo discontinuo activándose dicha relación mediante la respectiva orden de servicio conectada con los correlativos contratos de puesta a disposición.

Seguramente esta ampliación es la respuesta legal a la discutible, aunque mayoritaria posición del Pleno del Tribunal Supremo en la, a mi juicio, no muy acertada STS núm. 728/2020 de 30 julio⁵⁶. Y ello ya que al hilo del reconocimiento o no de un derecho a prestaciones por desempleo de un trabajador en misión durante los periodos de inactividad en su relación fijo-discontinua, el Tribunal Supremo, señaló ciertamente la posibilidad de una contratación indefinida con las correlativas ordenes de servicio del artículo 16.5 del Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo; pero a continuación rechazó que la misma pudiera ser considerada como fija discontinua. Y ello, por dos razones. La primera, llamativamente, por la inexistencia de previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo. Algo sorprendente cuando el artículo 10 sí se refiere a contratos

56. ECLI:ES:TS:2020:3102

indefinidos dentro de los que se encuentran sin duda, los fijos discontinuos. Y, en segundo lugar, por la aparente diferencia entre estas necesidades surgidas de sucesivos contratos de puesta a disposición. Ya que, en opinión de la mayoría de la Sala, dichas tareas no estarían dotadas de la necesaria homogeneidad “ya que dependerá(n) del tipo de actividad que demande la empresa usuaria”.

Entiéndasenos bien. Ciertamente consideramos inadmisibile que el trabajador sea contratado por la ETT como fijo discontinuo para cubrir necesidades de este mismo tipo en la misma empresa usuaria. En este punto coincido con la sentencia en que el contrato de puesta a disposición no debe servir –ni antes, ni ahora– para cubrir este tipo de necesidades. Pero lo que nos sorprende, quizás por los términos tan enérgicos de la sentencia, es que esta misma modalidad no pudiera ser utilizada para contratar al trabajador en misión en el caso de sucesivos contratos de puesta a disposición para trabajos de temporada por distintas empresas usuarias en el marco, por ejemplo, de actividades temporales distintas con diferente ubicación territorial. La homogeneidad aquí bien podría haberse interpretado desde la óptica de la actividad contratada y de la articulación por la propia ET. Y ello aún más cuando otra interpretación no solo priva en gran parte de sentido a las normas reglamentarias antes señaladas, sino que, y sobre todo, conducen a estos trabajadores irracionalmente a la temporalidad, privándoles de una cierta estabilidad, aunque discontinua, con la ETT.

En cualquier caso, y sea como fuere, lo cierto que la reforma en este punto es clara. Ahora –DF 1 RDL 32/2021– ya no cabe duda de esta posibilidad que, no obstante, repetimos, se hace solo en relación con la contratación laboral –art 10 LETT– para, eso sí, diferentes empresas usuarias, sin tocar, por tanto, el art. 6 de la misma norma y sin que, por consiguiente, las ETT puedan realizar contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades cíclicas, habituales y ordinarias de la misma empresa, que deberán articularse a través de una contratación directa fijo-discontinua.

Finalmente, y en tercer lugar –aunque estrechamente relacionada con la anterior–, sin duda la mayor ampliación del ámbito de esta modalidad se ha producido por su consideración como instrumento básico para la canalización de las necesidades empresariales conectadas a la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Y decimos instrumento básico en la medida en la que, aunque el art. 16.1 ET utilice el término podrá, lo hace, al menos a mi juicio, más para señalar la ausencia de “fraude” en su utilización –frente al fijo continuo– que como simple alternativa a otras posibles vías de contratación. Y ello ya que, como hemos visto con anterioridad, el mismo acuerdo se encarga de destacar que el contrato por circunstancias de la producción por incrementos u oscilaciones no podrá utilizarse nunca en los supuestos incluidos en este artículo 16.1, del mismo modo que incluso en los supuestos del segundo subtipo –necesidades ocasionales y previsibles que tengan una duración reducida y limitada– tampoco “podrá identificarse

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”.

Sin entrar aquí en la mayor o menor importancia de la omisión en este último punto de la previsibilidad de la contrata, lo que sí parece evidente es que el acuerdo viene a desarrollar el cambio de orientación marcado en último término por la conocida STS (Sala de lo Social) n. 983/2020, de 10 de noviembre⁵⁷. Por ello, cuando la empresa desarrolle de forma habitual u ordinaria este tipo de contrata no podrá acudir a la sucesiva contratación temporal sino a esta modalidad fija discontinua. Cuestión distinta es, evidentemente, que cuando la sucesión de contrata se realice de forma ininterrumpida, sin lapso ni interrupción laboral, de manera prolongada y sistemática, quepa claramente considerar a estos trabajadores como fijos continuos y no intermitentes⁵⁸.

Sea como fuere, lo cierto es que esta triple extensión del campo de aplicación del contrato fijo-discontinuo ha motivado, obviamente, la necesidad no solo de proceder a derogar o modificar distintos aspectos del artículo 12 del ET, de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal o incluso de la Ley General de Seguridad Social, sino también de realizar una ampliación de sus contenidos; una ampliación esta en la que, dada la posible diversidad de situaciones, el legislador ha dado un papel fundamental a la negociación colectiva, omitiendo quizás una regulación más detallada que, sobre todo, hubiera podido garantizar legalmente unas condiciones laborales transparentes y previsible en línea con lo establecido por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

En cualquier caso, lo que sí resulta llamativo comprobar es cómo, frente al carácter genérico que en ocasiones adopta la reforma al realizar esta remisión –por ejemplo, cuando se trata de abordar cuestiones ligadas a la reducción de la temporalidad–, en este caso el legislador ha optado claramente por una preferencia generalizada por el convenio colectivo sectorial, seguramente por el carácter esencial de este

57. ECLI:ES:TS:2020:3833

58. En este sentido véase STS (Sala de lo Social, Sección1ª) n. 951/2020 de 28 octubre, ECLI:ES:TS:2020:3830, de acuerdo con la cual: “es inherente al contrato fijo-discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza (“ello repercute en la naturaleza jurídica de la relación”, STS 10 de octubre de 2013, rcud 3048/2012) de fijo-discontinuo a fijo continuo u ordinario, pues no hay discontinuidad, sino que hay continuidad. Como esta Sala ha recordado que ya ha dicho en las citadas SSTS 15 de julio de 2010 y 10 de octubre de 2013, “la regulación legal excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre (las campañas), en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente [que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición].”

desarrollo, sin atribuir, eso sí, mayores preferencias a un concreto ámbito territorial y sin aclarar en muchas ocasiones el papel de otro tipo de convenios en caso de omisión de la norma sectorial. Así sucede, por señalar algunos ejemplos, no ya solo en la lógica incitación a la posible creación de bolsas sectoriales de empleo con el objeto de favorecer su formación y contratación –no debe olvidarse que estas personas tienen la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación durante los periodos de inactividad–; o para acordar la celebración de contratos a tiempo parcial cuando la actividad del sector así lo justifique; o para elaborar un censo anual de este personal, sino también, y sobre todo, para cuestiones fundamentales como el posible establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía de fin de llamamiento cuando este acontezca y no se produzca inmediatamente un nuevo llamamiento (art. 16.5 ET). Y todo ello sin olvidar que cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratos, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas serán estos mismos convenios colectivos sectoriales los que podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas –que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses– transcurrido el cual, las empresas deberán adoptar las medidas coyunturales o definitivas que en cada caso procedan⁵⁹.

En relación con este tema nos limitaremos a recordar cómo, en primer lugar, si bien en algunos casos la remisión sectorial es incluso lógica dada la naturaleza de la materia (bolsa sectorial de empleo), en otras parece razonable considerar que con la misma no se busca tanto una exclusión legal de otros tipos funcionales de convenios, sino de otorgar una prioridad aplicativa y, por tanto, una capacidad de imponer legalmente los contenidos y ordenación de esta materia por parte del convenio sectorial frente al de empresa o incluso –si así lo decidiera el convenio sectorial– al simple o defectivo acuerdo de empresa. De ahí, por ejemplo, que no veamos problemas en que, en relación con el mínimo de llamamiento anual, el propio convenio sectorial se abra por ejemplo a su especificación a nivel de empresa, articulando así su relación mediante mecanismos no conflictivos.

Y, en segundo lugar, que en el caso de las ETT el propio art. 10.3 Ley 14/1994 en la redacción dada por la DF 1 RDL 32/2021 especifica que estos convenios serán los de sector de las propias ETT pudiendo estos “fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”. En cambio, resulta llamativo que en este mismo precepto no se prevea un plazo máximo de inactividad entre activaciones. Y ello ya que si bien esta omisión podría salvarse mediante una aplicación analógica del art. 16.4 ET, plantea no obstante la duda de si estamos ante una simple laguna,

59. Es curioso constatar las dudas que en estos casos puede plantear la existencia de reglas subrogatorias en los convenios colectivos sectoriales ante las opciones ahora abiertas al trabajador; un tema este que, al menos a mi juicio, debería ser ahora nuevamente regulado por los propios convenios colectivos sectoriales al hilo del tratamiento de esta concreta institución.

subsanción mediante esta aplicación analógica de la norma general, o, si como nos tememos, nos encontramos ante un silencio buscado conscientemente por el legislador y que por tanto impide hablar de laguna y, por ende, de aplicación analógica de la norma general.

Sea como fuere, resulta en cualquier caso llamativo destacar cómo en relación con las reglas sobre el llamamiento, en especial sobre los criterios objetivos y formales por los que este acto debe regirse, la normativa se abre a cualquier tipo de convenio colectivo, admitiendo incluso en su defecto, el simple acuerdo de empresa. Pero lo hace, además, tras establecer, en primer lugar, que el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada; en segundo lugar, que la empresa deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan; y, finalmente, y en tercer lugar, tras indicar que las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen⁶⁰. Nada más se señala en relación con esta institución, por lo que, en principio, y en defecto de regulación convencional, el aplazamiento de llamamiento por caída del consumo o menor necesidad empresarial temporal o el simple hecho de que este sea parcial –por ser menor la necesidad empresarial en cada caso concreto– seguirán rigiéndose, al menos en principio, por la conocida jurisprudencia en este punto⁶¹.

60. El carácter indeterminado de esta referencia a las posibles acciones de los trabajadores quizás pueda deberse a la recepción por el legislador de la doctrina que en su momento fijó la STS (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2019, n. 25/2019, ECLI:ES:TS:2019:369, en un supuesto en el que lo que “reclaman es el pago de una indemnización conforme al salario que a su juicio debieron de percibir durante una determinada temporada ya finalizada y en razón al número de horas de trabajo que debieron de realizar esa anualidad conforme al mínimo garantizado en el convenio colectivo” y por tanto la actuación de la empresa no “pone de manifiesto su voluntad expresa o tácita de dar por extinguida de manera definitiva la relación laboral fija discontinua al eludir las normas legales o convencionales previstas para el llamamiento de los trabajadores al inicio de cada campaña anual”.

61. Véase, en relación con el aplazamiento de llamamiento STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 23 abril 2012, ECLI:ES:TS:2012:4170. En lo relativo a llamamiento parcial STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 997/2017 de 13 diciembre. ECLI:ES:TS:2017:4802. No obstante, debe llamarse al menos la atención a la larga serie de sentencias iniciadas por la STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 409/2017 de 10 mayo, ECLI:ES:TS:2017:2100 en el que en un caso sumamente peculiar –acuerdo de huelga con despidos pactados al hilo de la reorganización productiva de la empresa– los despidos por falta de llamamiento –definitivo, por tanto, no aplazado a sucesivos años– sí fueron declarados nulos al no seguirse el procedimiento del art. 51 ET.

En cualquier caso, resulta evidente el papel central de esta institución ante la ampliación de supuesto ahora cubiertos por el contrato fijo discontinuo. Piénsese, por ejemplo, su importancia en relación con la mayor o menor conexión de específica actividad ahora subcontratada y aquella en la que prestó servicios anteriormente el trabajador; en las cualificaciones ahora requeridas y su correlación o no con las que justificaron la anterior activación del trabajador; o incluso en la concreta ubicación geográfica y su conexión (¿provincial?) con la nueva actividad subcontratada. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es lo razonable de que estas cuestiones sobre el llamamiento –art. 16.3 ET– se remitan genéricamente a cualquier convenio, especialmente al de empresa, o incluso en su defecto al mero acuerdo de este ámbito que, en su caso, deberían especificar las grandes lógicas establecidas a nivel sectorial. Y todo ello sin dejar de señalar las diferencias entre estas reglas y las establecidas en el caso de contrato indefinido adscrito a obra en la construcción, en especial, en relación con las obligaciones formativas –aquí, en defecto de convenio, aparentemente inexistentes– de la empresa.

En cualquier caso, de lo que tampoco cabe duda, es de que todas estas llamadas a la negociación colectiva vienen a reflejar como, nuevamente, la reducción de modalidades mediante la abrupta confluencia de realidades incluso sectorialmente diferentes, hacen que nos encontremos ante una normativa en gran parte por desarrollar, y que incluso puede presentar, al menos a nuestro juicio, notables diferencias en función de las opciones nucleares que en determinados aspectos adopte cada gran convenio sectorial. Más allá de su formalización necesariamente por escrito y de la exigencia de incorporación al mismo de los elementos esenciales de la actividad laboral –entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, aunque estos últimos podrán figurar con carácter estimado, a la espera de su concreción en el momento del llamamiento– (art. 16.2 ET) casi todo el resto del régimen jurídico de esta modalidad se remite, en mayor o menor medida, y con mayor o menor supletoriedad de las reglas legales, a las normas convencionales que, en buena parte, serán las que en último término señalen el contenido real del o de los contratos fijos discontinuos en cada uno de los concreto sectores de actividad y en cuyo desarrollo debería tenerse en cuenta, al menos a mi juicio, lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1152

Ya para terminar, quisiéramos simplemente reiterar como, tras todo lo ya dicho, parece evidente que nos encontramos ante un contrato sumamente peculiar; un contrato que como ya avanzamos al principio de este punto, puede computarse ciertamente como indefinido a efectos estadísticos, pero que en función de determinadas opciones puede incluso llegar a convertirse –sobre todo para algunos trabajadores y en ciertos sectores– en un trabajo cercano al cero horas y en un contrato no especialmente estable. De ahí que, como ya anticipásemos, la nueva normativa prevea incluso reglas típicas del contrato a llamada como, por ejemplo, la las ya señaladas de un periodo mínimo de llamamiento anual, o normas con un clara cercanía con las ya establecidas para los trabajadores temporales o a tiempo parcial, como un derecho

de información de vacantes fijas ordinarias, una posible cuantía por “fin de llamamiento”, un deber de información de las vacantes “fijas ordinarias” así como la posibilidad de fijar procedimientos de conversión a contratos continuos, o, por señalar un último ejemplo, su significativa consideración como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación durante los periodos de inactividad.

Y todo ello desde el obligado respeto a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y al principio de igualdad. De hecho, el art. 16.5 ET establece ahora expresamente que “las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados –algo que, por lo demás, ya venía señalando la última jurisprudencia en relación con el complemento de antigüedad⁶²-, con la excepción, eso sí, “de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”; una referencia, esta última, que plantea la duda de su compatibilidad o no con la doctrina del Tribunal Supremo que sigue considerando que a efectos de la indemnización por despido esta se calcula no sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa, sino computando solo los periodos de actividad, en los que se hayan prestado efectivamente servicios, sin incorporar los periodos de inactividad o entre campañas⁶³.

8. UNA REFORMA “MENOR”: DEL CONTRATO DE INTERINIDAD AL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Finalmente, la reforma del contrato de interinidad, ahora denominado de sustitución, parece ser, al menos en el campo laboral⁶⁴, de bastante menor calado. Lo es, en primer lugar, por el carácter menor de esta modalidad en cuanto a volumen de contratos, sobre todo si la comparamos con las anteriores modalidades de obra o servicio determinado y eventuales. De menor importancia, también, porque esta modalidad tampoco ha sido especialmente problemática, ni se ha detectado una utilización abusiva de la misma, al menos en el sector privado. Y finalmente, de menor calado

62. En este sentido, el Tribunal Supremo ya había asumido, al hilo de la doctrina del Tribunal de Justicia que a los trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Tributaria, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, se les computa todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado (SSTS de 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 5476) , recurso 2309/17; 10 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5502) , recurso 2932/17; y 19 de mayo de 2020 (RJ 2020, 2064) , recurso 3625/2017).

63. Si bien la indemnización por despido se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado. Véase STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 730/2020 de 30 julio. ECLI:ES:TS:2020:2817

64. Sobre todo, si la comparamos con la batería de medidas, algunas de un enorme calado práctico en la reducción de la temporalidad, contempladas en la casi coetánea Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

ya que, salvo algunas novedades, a mi juicio, ciertamente lógicas y razonables, la reforma se ha limitado, en mi opinión, de forma acertada, a legalizar buena parte del contenido antes recogido reglamentariamente. Ello resulta lógico si recordamos el papel que, en general, el Estatuto reserva a la norma reglamentaria en la regulación de las relaciones laborales. Pero, al mismo tiempo, plantea las inevitables dudas sobre qué ocurre con aquellas normas reglamentarias que, sin embargo, no han sido incorporadas a la ley, y, por tanto, sobre su posible subsistencia a la espera del esperado y deseable desarrollo reglamentario de la nueva regulación –por cierto, repetimos, aún no vigente en el momento de cerrar estas líneas–.

Pues bien, desde estas premisas y con la inevitable brevedad que exigen ya las dimensiones de este documento, nos limitaremos aquí a señalar cómo, en primer lugar, en relación con los supuestos habilitantes y junto a la tradicional sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, indicando el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución⁶⁵, se incorpora ahora legalmente los supuestos de reducción de jornada⁶⁶ y la cobertura de puestos durante los procesos de selección o promoción definitiva mediante contrato fijo con similares rigores formales.

No obstante, y en relación con estos temas, llaman la atención la ausencia de cualquier referencia legal a algún otro supuesto reglamentariamente admitido con anterioridad. En especial, la sustitución de un trabajador autónomo o a un socio trabajador de una sociedad cooperativa en los supuestos de riesgo durante el embarazo o en los periodos de descanso, debemos entender ahora– por nacimiento y cuidado del menor. Técnicamente, el autónomo no es una persona trabajadora por cuenta ajena. Pero no creemos que deba darse mayor importancia a la no incorporación expresa de esta previsión reglamentaria que, al menos a mi juicio, no choca contra el actual marco legal, tiene una causa ciertamente justificada y, además, aparece aún contemplada, si quiera sea a efectos de bonificación, en el art. 30 de la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

En cambio, y al menos en el acuerdo original entre los interlocutores sociales, llamaba la atención igualmente la omisión de toda referencia a la utilización de este instrumento como medio de cobertura en los procesos de selección en el ámbito de la Administración Pública. En efecto, es cierto que el párrafo tercero del art. 15.3 ET no distinguía ni distingue en función de la titularidad o de la naturaleza pública o privada del empleador. Pero sí llamaba la atención que en este caso no se hiciera referencia

65. Recuérdese, no obstante, la derogación de la Disposición 21 ET en relación con la bonificación de contratos de interinidad que se celebrasen con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que llevasen más de un año como perceptores, para sustituir a trabajadores que estuviesen en la situación de excedencia del artículo 46.3 ET.

66. Siempre que dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo –no parece por tanto mediante el siempre acuerdo entre las partes– y que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

alguna a las administraciones públicas ni se las dotase de reglas específicas –como sí se hacía en la vieja norma reglamentaria– máxime cuando ahora la duración de este contrato si bien se establecía por remisión a la duración del proceso de selección, quedaba limitada, sin excepción expresa alguna, a un único periodo máximo de tres meses o, incluso, el inferior establecido en convenio colectivo (sin mayores especificaciones funcionales o geográficas). Seguramente por ello, la DA 4 del RDL 32/2021 ha vuelto a abrir esta posibilidad, fijando el término máximo en la finalización del proceso de selección.

Por lo demás, la principal novedad legal es la posibilidad recogida ahora legalmente, de permitir la coincidencia de ambas personas, autorizando que la prestación de servicios pueda producirse antes de la ausencia de la persona sustituida, eso sí, por el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días.

9. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO (1): EL NUEVO ART. 15.5 ET

Finalmente, y junto a todas estas medidas centradas en la delimitación causal de la contratación –fortalecidas, sin duda, por la nueva regulación mucho más clara y terminante del art. 15.4 ET– la reforma incorpora igualmente otros mecanismos, a mi juicio también de una enorme importancia, y que están destinados, por un lado, a luchar contra la utilización reiterada de contratos temporales y, en segundo lugar, a penalizar especialmente los contratos temporales de muy escasa duración.

El primero de ellos es, sin duda, la modificación del art. 15.5 ET. En este sentido, es bien conocido como dentro de este apartado se han regulado dos situaciones diferentes, aunque materialmente similares. El primero, el supuesto de sucesión contractual con el mismo trabajador, ya sea en el mismo o, más tarde, en diferente puesto de trabajo, ya sea forma directa o mediante el recurso a ET'T y que operaba directamente ex lege, incluso en los supuestos de sucesión o subrogación legal o convencional del trabajador. En cambio, el segundo hacía referencia a la sucesión de diferentes trabajadores –rotación personal– en el mismo puesto de trabajo, si bien de forma mucho más genérica (con o sin continuidad) remitiendo a la negociación colectiva un desarrollo que, al menos a mi juicio, era claramente insuficiente dada la altísima rotación presente en nuestro sistema.

Pues bien, sobre ambos instrumentos va a incidir la reforma. En relación con el primero, la reforma, aun siendo importante, no es a mi juicio sustancial. Se “limita”, en primer lugar, a reducir en seis meses cada uno de los dos periodos de tiempo anteriormente contemplados y que pasarían ahora a ser así de dieciocho meses de trabajo en un periodo de referencia de veinticuatro. La segunda resulta aparentemente simplificadora, pero no deja de ser problemática ante algunos de los cambios producidos entre

el acuerdo y el texto del definitivo Real Decreto-ley. Y ello ya que la limitación al contrato por circunstancias de producción como única modalidad computada podía tener sentido en el esquema inicial del acuerdo, en donde la simplificación de modalidades centraba en esta la posible problemática. Las dificultades surgen cuando de manera sobreenvenida el posterior Real Decreto-ley incorporó otras modalidades y, en especial, las establecidas innominadamente para el sector público en la ya estudiada Disposición Adicional 5 y que, por ello, escaparían ahora, al menos formalmente, de esta regla.

Pero, como decimos, aun siendo importante esta modificación, creemos que aún lo es más la del segundo supuesto antes señalado y que identificábamos como de rotación personal en el mismo puesto de trabajo. Y ello no solo por la notable presencia y frecuencia que estos supuestos tienen –al menos en mi apreciación personal–, en nuestro mercado de trabajo y, en especial en determinados sectores, sino porque, además, en este caso la modificación no solo es sustancial, sino incluso radical, al alterar la propia lógica del precepto.

En este sentido, de todos es sabido cómo la anterior regulación legal contemplaba únicamente una mera invitación a la negociación colectiva –por mucho que se utilizara la expresión aparentemente terminante de “establecerá”- para que, “atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo” incorporara “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”. Pues bien, el resultado de esta llamada fue a mi juicio ciertamente escaso⁶⁷ a pesar, incluso, de las expresas llamadas que en este sentido realizaron algunos acuerdos interconfederales⁶⁸.

67. Aun con las necesarias salvedades derivadas del origen de estos datos –los propios negociadores al inscribir el convenio– y lo genérico de su identificación –“Prevención encadenamiento de contratos”-, nos limitaremos aquí a recordar cómo, según los datos del avance para 2020 de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, en relación con los convenios firmados en 2020 y registrados hasta julio de 2021, los convenios que contemplaban alguna norma sobre este tema eran 57 –lo que supone solo el 6,55% del total–, afectando a 310.078 trabajadores, lo que engloba un 19,80% de los afectados por estos convenios (CCT-I.3.1). El hecho de que el porcentaje de trabajadores sea superior al de convenio es normalmente un reflejo de que estas cláusulas suelen ser más frecuentes en los convenios que tienen un ámbito personal superior a la media, seguramente sectoriales. Y de hecho, si analizamos estos mismos datos en relación con los convenios de empresa, utilizando la misma fuente (CCT-I.3.2), se detecta que, en este tipo funcional de acuerdo, el porcentaje baja al 5,22% -37 convenios-, afectando a 14.708 trabajadores– el 9,89% de los cubiertos por este tipo de pacto– lo que refleja que incluso en estos casos la cláusula suele ser más frecuente en los convenios de mayor ámbito personal.

68. Véase, por ejemplo, el apartado 1 del Capítulo II del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015, 2016 y 2017, publicado por la Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, y en la que se instaba a: “Adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo, con el

De ahí que ahora la reforma no haga en absoluto una llamada a la negociación colectiva, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y características del puesto, sino que regula expresa y directamente este mecanismo de transformación ex lege de temporal en –obsérvese nuevamente– “fijo” de 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 mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Más allá de recordar la ausencia en este caso de mención alguna a los supuestos de subrogación, basta una mera lectura del precepto para comprender su importancia.

La principal dificultad, más allá de las posibles carencias de información para el concreto trabajador interesado –sobre todo cuando no exista una representación legal de los trabajadores– será, paradójicamente, la delimitación de ese esquivo y complejo concepto que es el de puesto de trabajo y para el que sin duda resultará de extrema utilidad la doctrina de nuestros tribunales que, en relación con la redacción original del art. 15.5 ET en su primer párrafo, ya centraron este análisis –como se recordará– en una delimitación funcional y locativa⁶⁹.

En cualquier caso, lo que sí es importante destacar es que la DT 5 RDL 32/2021 establece expresamente que, una vez superada la conocida *vacatio legis* de tres meses, lo previsto en este art. 15.5 ET solo será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada “en vigor del mismo”; del mismo modo que respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5 ET, se tomará en consideración sólo “el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley”.

Más allá de que en este último caso parece lógico considerar que deberá tomarse en consideración la totalidad de la duración de ese contrato y, no, obviamente, solo la desarrollada desde esa entrada en vigor del Real Decreto-ley, basta una rápida lectura del precepto para comprender las dudas que asaltan sobre los momentos temporales a los que hace referencia este único precepto, eso sí, en sus dos párrafos.

Y ello ya que en un principio podría parecer lógico considerar que, para evitar saltos de continuidad, la regla hubiera debido tomar un único punto de referencia: la entrada en vigor de la norma específica, esto es, el art. 15.5 ET. La nueva regulación se aplicaría así solo a los nuevos contratos estipulados tras esta, pero para aplicarla sí se tomaría en cuenta el contrato previo que, eso sí, hubiera estado activo en ese mismo momento temporal.

objetivo de prevenir abusos, teniendo en cuenta la remisión que, en esta materia, efectúa la Ley a la negociación colectiva por ser el cauce adecuado para atender a las peculiaridades de la actividad y de los puestos de trabajo a cubrir”.

69. Véase, por todas, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 650/2017 de 19 julio. (ECLI:ES:TS:2017:3216, RJ 2017\3994). Una recapitulación de la misma en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 abril 2012. (ECLI:ES:TS:2012:2972, RJ 2012\5871)

El problema es que literalmente la disposición transitoria hace referencia, por un lado, y en su primer párrafo, a la entrada en vigor del art. 15.5 ET –contratos a los que se aplica, los formalizados desde esa fecha–, mientras que, por el otro, segundo párrafo, –contrato computado–, hace referencia a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Como tantas veces hemos dicho este desdoblamiento no tenía trascendencia cuando se preveía la entrada en vigor de forma inmediata y uniforme del conjunto de la nueva regulación legal. Pero como también hemos indicado, lo cierto es que esta coincidencia se rompe en la regulación definitiva contemplada en la DF 8. Y ello ya que si formalmente el “real decreto-ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» –D.F. 8.1–, el art. 15.5 ET., como en general toda la nueva regulación de este precepto, no entrará en vigor hasta que transcurran tres meses desde la misma publicación-D.F.8.2.b)-.

En esta coyuntura creemos que lo más lógico es realizar una interpretación correctora que establezca un único punto de referencia, situando este en el momento de entrada en vigor del art. 15.5 ET; esto es, el 30 de marzo de 2022.

Para concluir, tan solo querríamos destacar que, en su afán de potenciar los mecanismos sancionadores y la actuación de la Inspección de Trabajo y de la representación legal de los trabajadores, en estos casos, el nuevo art. 15.9 ET –trasunto del anterior art. 15.8 ET– contempla como novedades que la “empresa”⁷⁰ deberá informar a la representación legal de la nueva condición de la persona trabajadora ahora fija; del mismo modo que el Servicio Público de Empleo pondrá en su caso en conocimiento de la Inspección la emisión de documento solicitado por el trabajador si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporalmente establecidos.

10. LAS MODIFICACIONES NO RELATIVAS A LA CAUSA DEL CONTRATO

(II): COTIZACIÓN ADICIONAL Y PAPEL DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

10.1. La cotización adicional en la nueva redacción del art. 151 LGSS

Finalmente, y aunque sea de forma sumaria, consideramos necesario mencionar al menos la nueva redacción dada al art. 151 LGSS.

70. No puedo dejar de señalar cómo este cambio terminológico de empresario a empresa, con independencia del necesario y deseable uso no sexista de lenguaje, no me parece especialmente correcto. Del mismo modo que todo trabajador es persona física. y que hay personas trabajadoras que no lo son de forma subordinada, la empresa es una realidad jurídica, una universitas, un conjunto de bienes o medios organizados para una actividad, y el empresario, como sujeto titular de la relación jurídica laboral, otra. El obligado a dar esta información es el empresario.

Sin entrar aquí en mayor profundidad nos limitaremos aquí a recordar como este precepto establecía anteriormente, con algunas excepciones, una sobrecotización –de un 36% inicialmente y de un 40% con posterioridad– sobre la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes para aquellos contratos temporales que, con algunas excepciones, tuvieran una duración efectiva inferior a siete días inicialmente, o igual o inferior a cinco tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 28/2018. El objetivo de la misma era evidente: penalizar a aquellos contratos temporales de muy escasa duración.

Pues bien, en este punto la reforma si bien por un lado amplía la duración de los contratos a los que se aplica a todos aquellos con una duración inferior –que no igual– a treinta días⁷¹ –con todo lo que ello supone (véase Tabla n. 2), abarcando ya prácticamente al 38% de los contratos si tomamos las cifras de los formalizados en 2020– también extiende las excepciones, que incluyen ahora los contratos de sustitución, al Sistema Especial para Empleados de Hogar o al Régimen Especial para la Minería del Carbón-.

Tabla n. 2: Contratos temporales registrados según su duración 2020.

Total	Igual o menor 7 días		Más de siete e igual o menor de un mes		Igual o menor a un mes	
	Total	%	Total	%	Total	%
14.397.451	3.384.817	23,5%	2.151.336	14,9%	5.536.153	38,5%

Fuente: Anuario de estadísticas Laborales. Movimiento Laboral Registrado (MLR-29) y elaboración propia

Pero además, y en segundo lugar, modifica también la forma de cálculo. Y ello ya que, frente a la estricta proporcionalidad anterior –40% sobre cotización empresarial sobre contingencias comunes–, que la hacía especialmente gravosa para los contratos con mayor salario, pero no tanto para aquellos con salarios muy bajos, ahora el sistema es rígido y uniforme, consistiendo esta cotización adicional en el triple de la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General para contingencias comunes, el tipo de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de contingencias comunes (unos veintiséis euros y medio en el momento de redactar estas líneas)⁷².

71. De acuerdo a lo recogido en el Boletín 1 /2022 de Noticias RED esta cotización se le aplicaría a “los contratos de trabajo de duración inferior a 30 días que hayan finalizado a partir del día 31-12-2021, y con independencia de que el contrato se hubiese formalizado antes de dicha fecha”.

72. El cálculo realizado sería, tomando las cantidades establecidas en la Orden PCM/1353/2021, de 2 de diciembre, de 26,57 euros, resultado de multiplicar 37,53 por 23,60% y por 3-. Obsérvese, no obstante, que esta cantidad no es fija y que se incrementará automáticamente conforme se incrementa la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para

El resultado, como decimos, es una cantidad fija que, por tanto, será especial y proporcionalmente más gravosa mientras más corto sea el contrato y mientras más bajo sea el salario y, por tanto, la específica base de cotización⁷³. Por ello creemos que esta sobrecotización –solo aplicable, recuérdese a los contratos temporales– puede ser un elemento extraordinariamente importante en aquellas ocasiones en las que el empleador –por ejemplo, empresas de catering– tenga que escoger entre el ya comentado contrato eventual en las ventanas de noventa días interrumpidos o la posibilidad de formalizar contratos fijos discontinuos ligados a las sucesivas actuaciones para las que sea contratada. Y todo ello, claro está, sin entrar aquí en la cuestión de si esta sobrecotización puede tener o no un efecto de expulsión de estas concretas relaciones –repetimos de escasa duración y bajo sueldo– hacia el empleo sumergido o “negro”.

10.2. El papel de la representación legal de los trabajadores y de la negociación colectiva

Ya para terminar, solo nos restaría realizar algunas referencias, necesariamente sumarias, al papel de la negociación colectiva y de la representación legal de los trabajadores.

Por lo que se refiere a estos últimos, es un dato evidente, ya remarcado a lo largo de todas estas páginas, que la reforma ha optado claramente por atribuir un mayor papel a la representación legal de los trabajadores, especialmente en el control de las actuaciones en este campo del empresario. De este modo, y ampliando las genéricas llamadas en este punto recogidas anteriormente en el artículo 64 ET, la reforma otorga ahora, al menos, los siguientes derechos de información en relación con:

- La previsión anual de los contratos temporales ocasionales y previsibles –en el último trimestre de cada año, art. 15.2 ET–, así como, con la suficiente antelación y al inicio de cada año natural, el de un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, incluyendo los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan –art. 16.3 ET–.
- El derecho a ser notificado de las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en el art. 15 ET, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos –lo que puede ser muy importante, especialmente con los contratos por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles, art. 15.7 ET–.

contingencias comunes –por ejemplo, por el correlativo incremento del SMI– o se modifique el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

73. Como recordaba el Boletín 1 /2022 de Noticias RED: “Esta cotización adicional resulta de aplicación por cada finalización de los contratos de duración determinada inferiores a 30 días, siendo el importe resultante de la cotización adicional idéntico -26,57 euros– con independencia de que la duración del contrato sea de 1 día o de 29 días”.

- La comunicación empresarial de declaración o transformación en fijo de los trabajadores temporales al amparo de los apartados 4 y 5 del art. 15 ET – art. 15.9 ET–.
- La existencia de puestos vacantes permanentes o puestos fijos ordinarios en el caso de fijos discontinuos, de manera que, ya sean los trabajadores temporales o los fijos discontinuos, puedan formular solicitudes de conversión voluntaria –arts. 15.7 y 16.7 ET–.
- La finalización de la obra con cinco días de antelación a su efectividad en el caso de los contratos indefinidos adscritos a obra, así como, en su caso, la extinción de la relación con una antelación, ahora, de siete días previos a su efectividad–DA 3.3 y .6 Ley 32/2006 en la nueva redacción dada por el artículo segundo del RDL 32/2021–.

En cambio, en relación con la negociación colectiva, llama la atención que, dejando a un lado su papel casi fundamental en la fijación del nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo –para el que nos remitimos a lo ya señalado en su momento, en el apartado específico de este trabajo–, y del menor pero importante papel que se le reserva en relación con el indefinido adscrito a obras, el RDL 32/2021 haya centrado su papel, por lo que se refiere a la contratación causa, no ya tanto en la regulación de esta misma causa o del régimen jurídico de estas “nuevas” modalidades contractuales –en las que su rol casi se reduce a los aspectos de duración– sino a ser un instrumento fundamental en la lucha contra la temporalidad remitiendo a la misma cuestiones que inicialmente se pensaba iban a ser reguladas directamente por mandato legal.

En efecto, llama la atención que en la nueva regulación no se incorporen menciones expresas por ejemplo a las actividades en las que podrán contratarse trabajadores por circunstancias de la producción. Y ello ya que de forma más genérica la nueva regulación del art. 15.8 ET remite a los convenios colectivos –sin más delimitación funcional o territorial– el establecimiento de medidas como planes de reducción de la temporalidad, así como la fijación de criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa; los criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como la fijación de porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos; el establecimiento de criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición; así como, por último, 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.

Pues bien, sin poder detenernos aquí en otras cuestiones como, por ejemplo, la posibilidad de que los propios convenios limitaran causalmente nuevas

submodalidades como la ocasional previsible, o siguieran señalando las actividades en las que podrían realizarse contratos por circunstancias de la producción por incrementos ocasionales e imprevisibles, nos limitaremos aquí a señalar que bienvenidas sean estas llamadas a los negociadores. Cuestión distinta es que la experiencia previa nos haga dudar desgraciadamente de la efectividad real de las mismas. De hecho, el que el propio RDL 32/2021 haya incorporado una regulación legal directamente aplicable a los supuestos de sucesión de trabajadores en el mismo puesto de trabajo –antes remitido, como ya vimos, a la negociación colectiva–, es un reflejo, al menos en mi opinión, de las expectativas reales de los negociadores sindicales ante la hasta ahora escasa trascendencia que en general han tenido estas cuestiones en nuestro tejido negocial –véase, por ejemplo los datos recogidos en la Tabla n. 2. Y ello, a pesar de los llamamientos que en este sentido realizaron incluso previos acuerdos interconfederales⁷⁴.

Tabla 3. Cláusulas de empleo en los convenios colectivos firmados en 2020 y registrados hasta julio de 2021. Convenios y trabajadores afectados. Total, y porcentajes

Tipo de cláusula	Convenios		Trabajadores	
	Tot.	%	Total	%
Conversión de contratos temporales en indefinidos	100	11,49	236.677	15,11
Límite al número máximo de contratos temporales	72	8,28	429.996	27,45
Prevenición encadenamiento de contratos	57	6,55	310.078	19,80
Utilización de servicios de las empresas de trabajo temporal	86	9,89	295.941	18,89
Externalización de determinadas actividades (Subcontratación o cooperativas de trabajo asociado)	35	4,02	183.457	11,71
Determinación de los trabajos o tareas que pueden cubrirse con contratos de obra o servicio	81	9,31	336.655	21,49
Actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales	47	5,40	306.632	19,58

Fuente: Estadística de convenios colectivos de trabajo. 2020 Avance.

De ahí, si se nos permite, la necesidad de que estas cuestiones vuelvan a ser nuevamente uno de los ejes centrales en los futuros y deseables Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva.

74. Véase lo ya señalado supra en la nota n. 50.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras todo lo antes dicho, parece evidente la primera conclusión: nos encontramos ante una reforma laboral que, sin ser una contrarreforma de la de 2012—con todo lo que ello supone—, sí tiene o puede tener una increíble importancia como factor determinante de un posible cambio de ciclo e incluso de una deseable modificación de la cultura preponderante en relación con el uso de las distintas modalidades contractuales en nuestro sistema de relaciones laborales.

A mi parecer, a la espera de su necesario desarrollo, tanto reglamentario, como especialmente en el caso del contrato-fijo discontinuo, convencional, y de la igualmente necesaria labor de nuestra jurisprudencia —que será ahora, más que nunca, vital ante las múltiples dudas que suscitan algunos preceptos—, nos encontramos, creo, ante la primera oportunidad real de alterar uno de los rasgos fundamentales que han caracterizado durante cerca de cuarenta años a nuestro mercado de trabajo: el exceso de temporalidad y la galopante desigualdad con todas sus lacras y externalidades desde un punto de vista económico, pero también con el notable desvalor que cabe igualmente imponerle desde cualquier teoría de la justicia distributiva acorde con los valores de nuestra Constitución.

La eliminación del contrato de obra o servicio determinado y del contrato fijo de obra seguramente tendrán un notable impacto estadístico, más aún cuando se hace en un momento de recuperación económica y de un cierto optimismo empresarial que quizás faciliten este tránsito y reduzcan el posible efecto de exclusión hacia el empleo formalmente autónomo, o hacia la simple economía laboral sumergida.

Quedará por ver si la configuración convencional del contrato fijo discontinuo y, en especial, de aspectos como el periodo mínimo de llamada, la regulación de los llamamientos, o incluso la indemnización por fin de actividad, dotan a la misma de la suficiente calidad o la conducen a un mecanismo de simple cambio de etiqueta de la modalidad contractual; si la presión de la representación legal de los trabajadores o de la inspección de trabajo es suficiente para incentivar este cambio de cultura o, sobre todo, si esta reforma, este periodo de bonanza con fondos europeos y este optimismo empresarial permiten por fin hacer comprender a algunos empresarios que en España ciertamente existe un “modelo de contrato único”; pero que este es el actual contrato indefinido, pudiendo acudir solo al temporal o al formativo en los casos y situaciones previstos por la ley, cada vez más caracterizadas por su escasa duración temporal y su carácter ocasional y puntual. El paso de una indemnización de doce a veinte días —con unas extinciones facilitadas por las reglas de 2012, que no se han alterado— no es, creo, económicamente tan alto como la barrera psicológica que en muchas ocasiones sufren algunos empresarios y que quizás esta reforma legal, una adecuada campaña de concienciación y una correlativa presión de la ITSS apoyada en el *big data* y en la nueva regulación del art. 15.5 ET pudiera romper o alterar.

Esperemos que así sea, aunque, ya sí para terminar –la tercera referencia, que es la real para la conclusión de todo conferenciante–, me limitaré a recordar aquí cómo el Real Decreto-ley 32/2021 incluye igualmente una nueva Disposición adicional vigésimo cuarta del ET que impone al Gobierno la realización de una evaluación de los resultados obtenidos por esta reforma mediante el análisis de los datos de contratación temporal e indefinida –obsérvese Movimiento Laboral Registrado, no EPA– en enero del año 2025 –llama la atención que no se evalúen también otros impactos, por ejemplo en relación con los salarios– y que se repetirá cada dos años, dando lugar en caso de una evaluación no positiva, tanto en general, como, obsérvese, sectorial, a la presentación ante la Mesa de diálogo social de nuevas propuestas en esta línea. Bonito brindis al sol que, por cierto, revela la finalidad central de la reforma, aunque siempre sea de agradecer la deseable introducción de mecanismos de evaluación y calidad continua en la función legislativa.