

Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021

The reasons for fixed term employment contracts after the Royal Decree law 32/2021

Francisco Javier Gómez Abelleira
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6635>

Resumen: El Real Decreto-ley 32/2021 ha modificado las causas de contratación temporal. El lector encontrará una detallada descripción de los cambios y una valoración razonada de su impacto. Sobre la base de la tradición normativa y de la jurisprudencia, el autor propone una interpretación de los nuevos textos.

Palabras clave: Contratos de trabajo de duración determinada, causas de temporalidad, reforma laboral.

Abstract: The Royal Decree-law 32/2021 has modified the reasons for fixed term employment contracts. The reader will find a detailed description of the changes and a reasoned assessment of their impact. Building on the legal tradition and the case law the author proposes a construction of the new legal texts.

Keywords: Fixed term employment contracts, reasons for fixed term contracts, labor reform.

La regulación de los contratos de trabajo de duración determinada ha estado sujeta a un interminable proceso de modificaciones sucesivas desde que en los años 80 del siglo pasado pasaran a ocupar un papel central en los debates teóricos y en la realidad práctica de las relaciones laborales. De esta larga y, hasta cierto punto, lamentable historia he intentado dar cuenta en el libro *Contratos laborales y temporalidad* (2017). El punto álgido de esta historia se alcanza en la crisis económica y de empleo de 2008 en adelante, que da lugar finalmente a la Reforma Laboral de 2012 (RD-ley 3/2012), la cual reconoce sin ambages que el ajuste en el empleo “ha sido especialmente grave para los trabajadores temporales”. Sin embargo, las medidas adoptadas por la Reforma de 2012, en la línea de flexibilizar el empleo indefinido más que penalizar el temporal, apenas redujeron el problema, y la enorme diferencia en costes monetarios y de otro tipo entre realizar un ajuste por la vía de destruir empleo temporal o realizarlo por cualquier otra vía sigue siendo evidente y empíricamente comprobable, como recientemente con ocasión del encierro de marzo de 2020, con una caída intertrimestral (T1 a T2 de 2020) del 16 por 100 en empleo temporal, frente a una caída de menos del 3 por 100 en empleo indefinido, según datos de la EPA.

*fgomez@der-pr.uc3m.es

Al iniciarse la legislatura en curso, los partidos del actual Gobierno prestaron atención al problema de la temporalidad en sus acuerdos programáticos, concretándose en compromisos como las siguientes:

- “explorar las opciones posibles para reducir la dualidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo para actividades cíclicas y estacionales”;
- “simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo. Reforzaremos el principio de causalidad en la contratación temporal y las sanciones aplicables a su uso fraudulento de forma que la contratación indefinida sea la forma ordinaria de acceso al empleo, promoviendo las reformas legislativas necesarias para ello”;
- reforzar el sistema de control y sancionador en relación con “el abuso de la contratación temporal concatenada sobre un mismo trabajador o trabajadora, o un mismo puesto de trabajo”.

Tras muchos meses de un debate tripartito caracterizado por una posición gubernamental plural y divergente (Trabajo, Economía, Seguridad Social), se aprueba un Real Decreto-ley, con escaso fundamento en el artículo 86 CE, que contiene varias modificaciones de la normativa laboral. Entre ellas destacan las dedicadas a la contratación: contratos formativos, contratos de duración determinada y contrato fijo discontinuo. La Reforma Laboral de 2021 es, antes que nada, una reforma de la contratación laboral, e incide tanto en cuestiones de índole general (reglas sobre concatenación de contratos, régimen sancionador, etc.) como en la articulación de las causas específicas de temporalidad. En las páginas que siguen encontrará el lector un análisis exclusivamente de esta última cuestión; remito para las cuestiones generales —que son de gran relieve— al trabajo de la profesora Nieto en este mismo volumen.

La exigencia de causa objetiva de temporalidad en el derecho español

El Acuerdo Marco Europeo sobre el Trabajo de Duración Determinada (Directiva 1999/70/CE) obliga a los Estados a introducir medidas para prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. No obliga a establecer un principio de causalidad en la contratación temporal: el TJUE ha sostenido que “el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido”¹ ni, por tanto, *a contrario sensu*, en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo determinado.

Tras la lejana experiencia, finiquitada en 1994, de los contratos temporales de fomento del empleo, tan populares a finales de los 80, el derecho laboral español ha venido exigiendo, salvo excepciones muy señaladas, una causa objetiva para poder concertar un contrato de duración determinada. Desde la eliminación del contrato de lanzamiento de una nueva actividad en 1997, las causas objetivas de temporalidad se han correspondido con tres diferentes modalidades contractuales: obra o servicio determinado, eventual por circunstancias del mercado o acumulación de tareas, e interinidad.

De estos tres supuestos de temporalidad, el de menor problemática en lo relativo a la definición causal ha sido el de interinidad. Su utilización ha estado nítidamente acotada y el espacio para el fraude ha sido siempre escaso aquí, hasta el punto de justificar un distinto tratamiento indemnizatorio respecto de los otros dos: cuando en 2001 se introduce la indemnización por finalización de

¹ STJUE 18-10-2012 (C-302/11, Valenza), ap. 63.

contratos de duración determinada, se deja intencionadamente fuera el de interinidad, seguramente porque se atribuía a la indemnización una función de desincentivo del uso de los contratos temporales, desincentivo que no debía extenderse en ningún caso a contratos de sustitución que justamente debían incentivarse cuando se producía la causa que desencadenaba la posibilidad de la sustitución.

La batalla de la causalidad de la contratación temporal ha estado constantemente, más bien, en los contratos por obra y servicio y eventual. Sería falso decir, sin embargo, que la concepción y la regulación de estas dos modalidades incurrieran en una flexibilidad o apertura exageradas si las situamos en el contexto internacional. En el indicador sintético de flexibilidad-rigidez de la OCDE relativo a la regulación de la contratación temporal, España se halla entre los países más rígidos de la UE (solo superada por Luxemburgo, Italia, Francia y Estonia) y desde luego está muy por encima de la media de dicha Organización: si la media es 1,74, España obtiene un 2,47 (datos de 2019, los más recientes que he visto disponibles) (a puntuación más baja, mayor es la flexibilidad en la contratación temporal).

Lo anterior permite aventurar que quizá el problema no reside tanto en la regulación de las causas objetivas de temporalidad como en su cumplimiento en la realidad o en su interpretación jurisprudencial. Es significativo, a este último respecto, el cambio doctrinal que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo operó en su jurisprudencia acerca del alcance de la obra o servicio determinado en relación con las contrataciones a finales del año 2020 y principios del 21. Como significativo va a ser, en mi opinión, la elevación de la sanción administrativa por incumplimiento de las normas limitativas de la contratación temporal, que sin duda alcanza, tras el RD-ley 32/2021, un carácter plenamente disuasorio.

El principio de causalidad de la contratación temporal se manifiesta ahora de modo aparentemente más rotundo en la nueva redacción del artículo 15.1, que comienza estableciendo que “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido” y que de modo concreto exige, para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad, “que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”. Regreso al futuro, así, de nuestro artículo 15, que vuelve al redactado original de 1980 (“El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada: ...”), pero a fin de cuentas se trata en todo caso de la misma regla, una regla invariada en el derecho laboral español de los últimos 40 años si se salva la excepción del contrato de fomento del empleo: la regla es que si el contrato no se ha hecho como contrato de duración determinada con fundamento en una de las causas de temporalidad habilitadas legalmente, el contrato es indefinido. Expresa esta idea con más claridad ahora el nuevo apartado 4 del artículo 15: “Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”; nótese que se elimina la clásica referencia a los contratos en fraude de ley, que eran los que daban lugar a la presunción de indefinición. No es este, sin embargo, el lugar para extenderme sobre ello, ya que se trata de una cuestión de la que se ocupa otro trabajo en este volumen.

Simplificación de las causas de temporalidad

Una de las finalidades de la reforma es simplificar lo que en ocasiones se llama el “menú de contratos de trabajo”. El único avance simplificador es la eliminación del contrato para obra o servicio determinado. Por lo demás, a la vista del nuevo artículo 15, no cabe hablar de un contrato temporal en singular, sino de varios supuestos de temporalidad que dan lugar a contratos con regímenes jurídicos diferenciados. Aunque aparentemente los supuestos de temporalidad pasan de tres a dos (“El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la

producción o por sustitución de persona trabajadora”, dice el art. 15.1, párr. 2º), el supuesto “circunstancias de la producción” se desdobra en dos causas de temporalidad que dan lugar a contratos que solo se parecen en el nombre.

La supresión del contrato para obra o servicio determinado elimina de raíz cualquier posibilidad de estipular un contrato de duración determinada por tiempo superior a 6 meses, con la excepción del contrato por sustitución (interinidad), de relevo, formativo, de fomento de empleo y otros especiales, y salvo que el convenio colectivo sectorial aplicable permita una duración mayor de hasta 12 meses. La existencia de un proyecto de, por ejemplo, 18 meses perfectamente definido, con inicio y fin nítidamente delimitados, ya no justifica una contratación temporal y aboca a la contratación indefinida, con la eventual adopción de las medidas extintivas, suspensivas o modificativas que procedan a la terminación del proyecto.

La supresión del contrato para obra o servicio determinado se compensa parcialmente, por decirlo de algún modo, con cambios en la contratación fija discontinua, en la utilización de las empresas de trabajo temporal y, solamente para el sector de la construcción, en el nuevo contrato indefinido adscrito a obra con su régimen extintivo particular (de todas estas cuestiones se trata en otros trabajos de este mismo volumen, por lo que simplemente queda aquí apuntado).

En cualquier caso, convendremos en que lo más relevante de la idea de simplificación no es reducir el número de entradas de una lista (simplificación que sería meramente cosmética o aparente), sino que las entradas respondan a parámetros causales bien definidos, que permitan su deslinde con otros supuestos de contratación. Es dudoso que la nueva redacción de los supuestos habilitantes de los contratos por circunstancias de la producción haya logrado este objetivo de simplificación verdadera, no cosmética. Es más que probable, en este sentido, que la nueva redacción vaya a abrir un largo período de debates doctrinales y judiciales, que quizá acaben resolviéndose por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en alguna fecha demasiado lejana para el ritmo de los tiempos que vivimos.

Las entradas del actual elenco de contratos de duración determinada quedan así:

- Contrato por circunstancias de la producción imprevisibles (modalidad A o CCP largo)
- Contrato por circunstancias de la producción previsibles (modalidad B o CCP corto).
- Contrato por sustitución en caso de reserva de puesto de trabajo.
- Contrato para completar una jornada reducida.
- Contrato por cobertura de vacante.

Las dos primeras entradas se regulan conjuntamente en un mismo apartado, el 2 del artículo 15. A ambas corresponde indemnización extintiva de 12 días de salario por año de servicio (art. 49.1 c) ET). Las tres últimas entradas se regulan conjuntamente en el apartado 3 del propio artículo; a ellas no corresponde dicha indemnización extintiva.

La navegación por los cinco densos párrafos del 15.2 es algo incómoda: hubiera sido mejor una separación formal más nítida entre la regulación del CCP largo y del CCP corto. Creo que el esquema formal anterior del artículo 15.1, con la subdivisión en letras a) y b) y c), aportaba mayor claridad a la exposición normativa.

Los contratos del 15.2 se llaman contratos por circunstancias de la producción. Es posible que se haya querido evitar la denominación de “contrato por causa productiva”, que autores influyentes como Lahera y Conde-Ruiz venían proponiendo para las necesidades temporales de trabajo que surgen de “alteraciones transitorias de demanda y producción o proyectos con autonomía y sustantividad propia de naturaleza temporal”². En el esquema de esta razonable propuesta, el con-

² Fedea Policy Papers - 2021/07 - “Contra la Dualidad Laboral”.

trato por causa productiva se dirige a las necesidades temporales que se generan en el entorno de la empresa pero fuera de ella (causas exógenas, si se quiere, como incrementos extraordinarios de la demanda, encargos no habituales, etc.), quedando una segunda modalidad temporal, con el nombre de “contrato por causa organizativa” para la atención de necesidades temporales que se generan dentro de la propia empresa (causas endógenas, si se quiere, que van más allá de las rígidas situaciones del contrato de interinidad). La evitación de estas denominaciones puede tener muchas razones, pero no cabe descartar que no se quiera dar visibilidad legal al estrecho parentesco, desde una perspectiva económico-empresarial, entre las causas productiva y organizativa de temporalidad y las causas productiva y organizativa que contemplan los artículos 40, 41, 47, 51, 52 ET. Ofrecer esta visibilidad sería asomarse demasiado a ese tabú en que se ha convertido la idea del contrato único.

A continuación, sin más preámbulos, el análisis de cada uno de los supuestos de hecho que habilitan la contratación de duración determinada en la nueva ordenación normativa.

Contrato por circunstancias de la producción imprevisibles

El artículo 15.1 ET permite la celebración de contratos de duración determinada “por circunstancias de la producción”, una vieja denominación reglamentaria del contrato eventual que en sí misma no significa nada en concreto. La concreción de lo que sean circunstancias de la producción se lleva a cabo en el apartado 2 del propio artículo, que consta de cinco densos párrafos. De su lectura se desprende que existen unas circunstancias de la producción “imprevisibles” y otras “previsibles”, siendo este concepto de previsibilidad el que traza la línea divisoria entre una modalidad contractual que puede tener una duración máxima de 6 meses (ampliables por otros 6 más por convenio colectivo sectorial) y otra con una duración muchísimo más corta.

El concepto de previsibilidad es en sí mismo altamente problemático, porque casi todo es imprevisible y previsible con solo variar el marco temporal de la estimación: algo que ocurre en marzo de 2022 puede ser imprevisible en diciembre de 2021, pero puede devenir previsible en enero de 2022. Habría que preguntarse, por tanto, cuál es el horizonte temporal de la previsibilidad, sin el cual, insistimos, casi todo puede ser previsible e imprevisible simplemente alterando el período de la estimación. La regulación del que llamaremos contrato por circunstancias de la producción corto (CCP corto) permitiría aventurar que la previsibilidad juega en el horizonte temporal de un año natural: el párrafo 4º del 15.2 establece que “las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos”. A la luz de esta consideración, parece que la norma entiende que la previsibilidad se proyecta sobre el año natural y que se formula en los últimos meses o semanas del año inmediatamente anterior. Lo imprevisible sería, en suma, lo que todavía a finales del año no puede razonablemente vislumbrarse para el siguiente.

Las circunstancias de la producción imprevisibles se concretan en “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”. Desentrañar este redactado para hallar alguna claridad no es fácil, pues o bien se ha buscado intencionadamente la oscuridad (por el acuerdo social) o bien no se ha dado bien con la tecla. Podemos aventurar algunas interpretaciones:

El elemento sustantivo que justifica la temporalidad en esta modalidad contractual es el desajuste temporal entre el empleo disponible y el que la empresa requiere en función de las circunstancias que concurren en un momento determinado. Es importante anotar aquí que el desajuste debe ser entre el empleo disponible y el que se necesita, pero el precepto dice “entre el empleo *estable*

disponible”, lo cual no tiene mucho sentido: si ya hay temporales en la plantilla con carácter previo a realizar un CCP no tiene sentido no computarlos como empleo disponible.

Este elemento sustantivo (el referido “desajuste”) puede venir provocado por:

- 1º) el incremento ocasional e imprevisible de la actividad.
- 2º) las oscilaciones.

El primer causante del desajuste se nos presenta con unos perfiles comprensibles. El incremento de la actividad (actividad normal o no de la empresa) debe ser irregular a lo largo del tiempo, pues si responde a un patrón regular y cíclico, no es ocasional sino intermitente, lo que nos llevaría al artículo 16 ET. Ocasional significa aquí lo no habitual, lo “que es, sucede o se hace en alguna ocasión, pero no de forma habitual ni por costumbre”³, lo “que solo ocurre o actúa en alguna ocasión”⁴. En suma, incremento de la actividad que no responde a un patrón cíclico regular.

Al segundo causante, en cambio, debe de faltarle algo, se queda incompleto o a medias: ¿oscilaciones de qué? Deberíamos suponer, quizá, que son oscilaciones de la demanda, pero entonces cuesta ver en qué se diferencian de los incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad, salvo que estos sean imprevisibles y las oscilaciones sean previsibles, por buscar alguna diferencia, pero con ello solo conseguimos descalabrarlo todo y que la causa “oscilatoria” no encaje con el mandato que se halla al final del párrafo: “siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1” (es decir a los supuestos de fijeza discontinua). Me parece evidente que las “oscilaciones” previsibles son un supuesto de libro del artículo 16.1, por lo que las oscilaciones del CCP deben ser imprevisibles y deben referirse a incrementos extraordinarios, no cíclicos ni regulares.

Para añadir algo más de confusión a este concepto de “oscilaciones”, el precepto continúa y añade: “Entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales”. No hace mucho el TS decía esto sobre las vacaciones y los contratos temporales: “El que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente *previsible* [...]. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la *previsión* organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar”⁵.

¿Se refiere el precepto a las vacaciones anuales en cualquier circunstancia? ¿También a las que la plantilla disfruta de manera regular y cíclica en fechas más o menos habituales y acostumbradas? ¿Solo se refiere a las vacaciones que se disfrutan fuera de cualquier patrón cíclico? ¿Juega algún papel la previsibilidad del calendario vacacional? Difícil contestar a estas preguntas cuando, en primer lugar, el precepto no hace diferencia alguna ni matiza a qué tipo de disfrute vacacional se refiere, y, en segundo lugar, ni siquiera podemos estar seguros de que las “oscilaciones” no incluyan también las previsibles. Además, parece que una referencia tan particular y explícita a las vacaciones debe interpretarse como el establecimiento de una regla especial para ellas, de modo que la acumulación de tareas o, por decirlo en los términos del nuevo artículo, el desajuste temporal entre el empleo disponible y el necesario surgiría del disfrute vacacional, sea en fechas habituales o no, y sería, en suma, un supuesto concreto de temporalidad específicamente habilitado por la norma.

¿Puede la mención de las vacaciones iluminar el concepto de oscilaciones? ¿En qué sentido el disfrute vacacional constituye una oscilación? Una oscilación implica una curva con picos y valles sucesivos. El disfrute sucesivo de vacaciones por distintas personas de la plantilla produce justa-

³ Definición que figura en el diccionario proporcionado por Oxford Languages a Google.

⁴ Definición del diccionario de la RAE.

⁵ STS 30-10-2019, ECLI:ES:TS:2019:3733.

mente ese movimiento oscilatorio. ¿Podrían entonces las oscilaciones venir referidas a lo que ocurre dentro de la empresa? En tal interpretación, los incrementos de la actividad a los que se refiere el precepto serían elementos exógenos a la organización, mientras que las oscilaciones se entenderían referidas a la faceta interna, serían endógenas, estarían generadas dentro de la propia empresa por hechos como las vacaciones, permisos (especialmente permisos largos, como el de matrimonio), etc.

El contrato por circunstancias de la producción imprevisibles para cubrir la brecha entre la plantilla disponible y la carga de trabajo existente tendrá una duración máxima de 6 meses. Por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. Se mantiene la regla tradicional del contrato eventual de una sola prórroga: en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal (6 meses) o convencionalmente establecida (hasta 12 meses), podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima legal o convencional.

Dentro de la duración máxima legal o convencional, la duración exacta del contrato la fijan las partes, pero no rige aquí una plena libertad contractual, ya que el artículo 15.1 exige ahora, con mayor precisión que antes, que el contrato especifique no solo la causa habilitante y las circunstancias concretas que conforman esa causa, sino, además, “su conexión con la duración prevista”. Esto quiere decir que el mero hecho de que la causa habilitante exista no significa que pueda hacerse un contrato que agote la duración máxima legal o convencional: es preciso ajustar la duración a la causa, de modo que pueda razonablemente presentarse una relación entre la situación que habilita el contrato, o mejor, entre la duración de dicha situación y la duración del contrato. El desajuste inicial que pueda producirse, si es a la baja, puede corregirse con la prórroga permitida. En cambio, un desajuste al alza, si es exagerado y carente de toda razón, podría determinar la aplicación del ahora más severo artículo 15.4: “Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”.

Desaparece la regulación anterior respecto del período de referencia de la eventualidad: la duración máxima del contrato es la que es y no existe ningún período de referencia dentro del cual esa duración haya de medirse o ubicarse. Por tanto, cualquier nuevo desajuste imprevisible que surja podrá dar lugar a un nuevo CCP largo, pero ha de ser “nuevo”, es decir, ha de ser una causa distinta de la que justificó un cercano y anterior CCP largo, pues si la causa es la misma no cabe justificar una segunda contratación cuando ya se ha agotado la dinámica temporal del primer contrato. Y todo ello sin perjuicio de la aplicación de las reglas de conversión en indefinido por concatenación de contratos, reglas importantes a las que se dedica atención en otro trabajo de este volumen.

Contratos por circunstancias de la producción previsibles

Mientras que el CCP largo mantiene un evidente parentesco con el viejo contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, el contrato por circunstancias de la producción previsibles es de nueva planta. El artículo 15.2, párrafo 4º, permite la estipulación de CCP “para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”. La causa de la temporalidad aquí viene definida por los tres siguientes parámetros: ocasionalidad, previsibilidad, duración reducida.

La ocasionalidad vuelve a utilizarse para delimitar la causa de temporalidad del CCP: recuérdese que para el CCP largo ya se utilizó para cualificar el “incremento” que justifica la temporalidad. Ocasional, en el contexto del CCP corto, significa esporádico, no habitual, no corriente, no continuado, en el transcurso del año. Confirma esta interpretación otra característica de la causa, como es su reducidísima duración: no más de 90 días en el año natural, días que, además, no pueden ser continuados.

Pero el hecho de que algo sea ocasional en el sentido anterior no implica que no pueda ser algo que se repite. Esta visión del contrato para ocasiones de duración muy reducida pero que pueden ser repetitivas siempre que no excedan esa duración queda confirmada al conectar con el tercer parámetro definitorio de la causa: la previsibilidad. Al conectar los tres ángulos resulta que se trata de un contrato para la cobertura del trabajo que nace de ocasiones previsibles de duración muy reducida. En realidad, con lo anterior se dice poco, lo que lleva a la impresión de que la causa no es sólida, no es objetiva en realidad: decir que el contrato puede hacerse para duraciones muy cortas no representa ninguna causalización objetiva del contrato (es perfectamente imaginable un contrato temporal acausal por una duración máxima de un mes, o dos o tres, los que se quieran); decir que puede hacerse para períodos muy cortos y previsibles tampoco representa ningún avance objetivo. Lo único que presenta un mínimo perfil objetivo es la ocasionalidad, pero esta en realidad es un trasunto de la duración reducida: se admitirá como ocasional todo aquello que, en el transcurso del año, no exceda de los 90 días, siempre que estos puedan distribuirse en al menos dos segmentos separados.

Si a algo tan gaseoso como lo anterior se le quiere dar algo de solidez deberíamos conectar el CCP corto con el CCP largo e importar de la causa objetiva de este último algo de tanta importancia como el “desajuste” temporal entre el empleo disponible y el necesario para afrontar la carga de trabajo de la empresa. Esta es la definición canónica de la causa objetiva de temporalidad por antonomasia: el desajuste temporal entre los recursos humanos disponibles y los necesarios en un momento dado. Parece que, sin esta exigencia, el CCP corto se presenta como un contrato casi acausal; eso sí, con una severa limitación temporal que puede poner coto a los abusos.

La previsibilidad de las situaciones que justifican un CCP corto no es una mera abstracción, sino que debe concretarse en un plan empresarial. Al finalizar el año natural, la empresa debe concretar las situaciones ocasionales en que, a lo largo del siguiente año, podrá hacer uso de esta modalidad contractual. Esa previsión empresarial ha de comunicarse a la representación de la plantilla. La concreción exigida por la norma es seguramente la de unas fechas en el año en que, en virtud de las situaciones ocasionales de incremento de la actividad, podrán estipularse estos contratos. Tales fechas, sumadas, no podrán exceder de 90. Cabe pensar en la posibilidad de que, con la antelación requerida por la norma, la empresa no esté todavía en condiciones de determinar con exactitud las fechas (especialmente las más alejadas en el tiempo, las que caen en el segundo semestre del año natural); es razonable admitir cierto grado de flexibilidad u holgura aquí también. Al ir aproximándose las situaciones concretas que justifican estas contrataciones, la empresa deberá ir precisando con más exactitud las fechas de utilización de estos contratos, y puede aprovecharse el trámite informativo trimestral previsto en el art. 64.2 c) ET⁶ para ir proporcionando información actualizada más precisa. Lo realmente imperativo es no superar 90 días de utilización de este tipo de contrato en el conjunto del año. Agotados estos días, la empresa se verá imposibilitada de acudir a esta modalidad contractual hasta el siguiente año natural.

El CCP corto debe analizarse desde dos perspectivas distintas y complementarias. Desde una perspectiva colectiva, lo que la norma plantea es un número máximo de días al año en que una empresa puede utilizar esta modalidad de contrato. Cabe discutir si los 90 días son por empresa, por centro de trabajo, o por división o sección funcional. Lo más razonable, en mi opinión, es que cada centro de trabajo pueda tener su propio calendario, de manera que un centro pueda fijar 90 días en el año para estos contratos y otro centro pueda fijar una secuencia distinta de 90 días. Podría resultar, de este modo, que una misma empresa podría exceder el número de 90 días al año para este tipo de contrataciones, pero el límite se impondría para cada uno de sus centros por

⁶ Derecho del comité de empresa a ser informado trimestralmente de las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos que serán utilizados.

separado. Esto tiene sentido si se repara en que: (1) un centro de trabajo es una unidad a efectos organizativos, tiene por definición su específica dinámica organizativa (art. 1.5 ET); (2) un centro de trabajo puede tener una actividad diferente de la de otro centro, lo que generaría sus particulares situaciones ocasionales a lo largo del año; (3) un centro de trabajo puede tener un calendario distinto al de otro centro, máxime si se ubican en localidades o regiones diferentes, cada una con sus propios festivos, etc.

En esta misma línea colectiva o empresarial, la utilización de estos contratos por circunstancias de la producción en las fechas previstas no tiene un límite cuantitativo preestablecido; de hecho, la norma confirma esta interpretación al señalar que el número máximo de los 90 días es totalmente independiente del número de personas “necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones”. En días habilitados en el calendario para estas contrataciones, la empresa podrá estipular los contratos que estime necesarios. La limitación no es cuantitativa, sino cualitativa: los contratos necesarios para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, pero no más de los necesarios. Sigue existiendo, por tanto, una conexión causal entre las “concretas situaciones” que justifican estos CCP cortos y el número de ellos que la empresa puede realizar, de tal forma que la empresa ha de estar en condiciones de explicar y justificar la “necesidad” de realizar los que haya realizado en cada momento. Sigue rigiendo aquí también la regla general del 15.1, conforme a la cual deben expresarse en los contratos las circunstancias concretas que los justifican, y estas circunstancias han de guardar proporcionalidad con el número de contratos.

Una perspectiva distinta a la colectiva nos permite centrar el análisis en la duración del contrato. En efecto, desde una perspectiva individual, cada contrato tiene una dinámica temporal que debe encajar en los siguientes dos parámetros. Primero, el número máximo de días al año para este tipo de contratación es de 90, pero ningún contrato en concreto puede alcanzar esa duración máxima sin interrupción, ya que la norma exige que ese período de 90 días sea discontinuo; dice exactamente la norma: “Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada”. Habría que dividir los 90 días en, al menos, dos períodos; pueden ser más de dos naturalmente. Segundo, la duración del contrato debe ajustarse en función de las circunstancias concretas que lo justifican: el 15.1 exige que en el contrato se especifique con precisión la conexión de la duración prevista del contrato con dichas circunstancias.

Más allá de estos parámetros surgen numerosas dudas. ¿Cabe un CCP por 90 días con una distribución intermitente de las jornadas de trabajo a lo largo del año? ¿Cabe una prórroga en este contrato? ¿Puede utilizarse un CCP de duración igual o superior a 30 días distribuidos de manera discontinua para evitar el peaje del artículo 151 LGSS? Si se atiende a que el CCP corto no compare casi nada con el CCP largo, es difícil argumentar a favor de extender el régimen de una prórroga que se contempla para este último. Por otro lado, cada circunstancia concreta justificativa de la contratación debe considerarse una causa y, por tanto, un contrato por cada causa, con lo que si hay varias causas a lo largo del año, debe entenderse que son tantos contratos como causas, lo que aboca en muchos casos a abonar la cotización extraordinaria del referido artículo 151 LGSS.

Por otro lado, en cuanto a la extinción, el CCP corto se somete a las mismas reglas de extinción del artículo 49.1 c) ET. Por su duración tan exigua, el CCP corto no requerirá nunca preaviso extintivo, pero sí la indemnización proporcional a 12 días de salario por año de servicio. Es difícil insertar en este CCP corto la regla sobre prórroga automática hasta la duración máxima para contratos concertados por una duración inferior a ella, porque propiamente no hay una duración máxima del contrato, sino que lo que rige es un período máximo de contratación para esta modalidad (90 días al año). Sí parece que debe aplicarse la regla general de conversión en indefinido del contrato cuando, llegada la fecha de extinción, se continuara la prestación laboral, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

El supuesto especial de la contratación para trabajos en el marco de contrata

Comentario aparte merece el último párrafo del artículo 15.2 ET. Dice así: “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Para entender el alcance de este párrafo, es necesario recordar que los trabajos adscritos a contrata (entendiendo por contrata el encargo de un tercero para la prestación de determinado servicio, sea o no de la propia actividad de dicho tercero) venían tradicionalmente justificando la utilización de contratos de trabajo de obra o servicio determinado del artículo 15.1 a) (en la redacción anterior al RD-ley 32/2021). De este modo, la contratación externa de servicios entre empresas u organismos o entidades conformaba el soporte causal de la contratación temporal de obra o servicio determinado, con duraciones relativamente largas, incluso de varios años. Este tradicional estado de cosas (que reposaba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo) fue alterado por una primera sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 diciembre 2020⁷. En ella, la Sala argumenta que el “carácter excepcional” de la actividad a la que el contrato de obra o servicio determinado “busca atender” no casa en absoluto con el hecho de que en muchos casos el objeto de la contrata es “la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”. Añade que “la mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo”. Pero advierte, eso sí, que la duración determinada del contrato laboral podría eventualmente justificarse en la medida en que la obra o servicio “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”. Esta rectificación jurisprudencial se confirma poco después en la STS 2 febrero 2021⁸, que añade el interesante y lógico matiz de que corresponde a la empresa la carga de probar “la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudieren justificar el recurso a esa clase de contrato temporal, en función de las peculiaridades de tales tareas dentro de las que constituyen el objeto habitual y ordinario de su actividad empresarial”.

El golpe asestado por el Tribunal Supremo al contrato de obra o servicio determinado es, seguramente, una de las razones que han llevado a su eliminación. Políticamente, es la medida más importante, en cuanto que es la que más va a contribuir a la reducción de la tasa de temporalidad en España y al consiguiente acercamiento a una tasa más en línea con la media de los países de la UE. Esto no es poco; aunque no se insiste lo bastante en que por sí sola la tasa de temporalidad es un indicador poco fiable: cuando es muy alta, puede ser síntoma de algún problema, pero cuando es normal o baja, apenas dice nada de la calidad del empleo en un país, de la precariedad laboral de grupos importantes de la población, etc. Reducir la tasa de temporalidad por sí solo no basta si España continúa en todo lo alto del ranking de “inseguridad en el mercado laboral”, según lo mide la OCDE. Este indicador es una medida de seguridad económica, que intenta captar el riesgo de pérdida de empleo así como el coste económico que la pérdida representa para la persona. España es la segunda economía peor parada en esto de toda la OCDE, tras Grecia⁹. Nuestro elevado desempleo contribuye, sin duda, a esta inseguridad, que nada tiene que ver con la protección frente al despido, sino con la probabilidad de encontrar pronto otro empleo.

La salida que se ofrece a miles de empresas cuyo negocio es ser contratadas por otras para la prestación de servicios más o menos continuados es básicamente el contrato fijo discontinuo y la

⁷ ECLI:ES:TS:2020:4383.

⁸ ECLI:ES:TS:2021:406.

⁹ Los datos son de 2016 y pueden verse aquí: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=JOBQ>

posibilidad adicional de recurrir a empresas de trabajo temporal (art. 16 ET), pero siempre en el marco de esta contratación que es formalmente indefinida, aunque ampare lapsos de inactividad (por tanto, desempleo) de cierta relevancia. En otro trabajo de este mismo volumen se aborda la problemática que plantea el nuevo artículo 16 ET, y a él me remito.

Retomando el hilo del último párrafo del artículo 15.2 ET, el precepto se refiere a contrataciones que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa. Una contratación excepcional u extraordinaria de los servicios de la empresa podría, por tanto, configurar la causa de un contrato por circunstancias de la producción, siempre que no sea una contratación previsible, en el sentido de formar parte del negocio normal de la empresa. Confirma esta interpretación la indicación del contrato fijo discontinuo “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrataciones mercantiles o administrativas que, siendo *previsibles*, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (art. 16.1 ET).

Esta excepcional habilitación del contrato por circunstancias de la producción para cubrir trabajos adscritos a contrataciones es la que se desprende de las palabras finales del artículo 15.2 ET: “sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”. La concurrencia de las circunstancias de la producción requerirá que la contrata sea extraordinaria, ocasional, que suponga un incremento de la actividad de la empresa. En todo caso, como es lógico, la contrata no podrá durar más de 6 meses (o la duración superior prevista en convenio colectivo sectorial hasta el máximo infranqueable de los 12 meses), porque si el trabajo tiene una duración previsible superior a la duración máxima del contrato por circunstancias de la producción, no podrá acudir a esta modalidad contractual y habrá de acudir a contratos ordinarios o a contratos fijos discontinuos.

Los contratos por sustitución

El nuevo artículo 15.3 ET se desprende, sin nostalgia alguna aparente, de la clásica denominación de contrato de interinidad para regular una serie de supuestos de contratación temporal que se agrupan ahora bajo el nombre de contrato de sustitución, o literalmente “contrato por sustitución de persona trabajadora” (art. 15.1 ET). Estos contratos de sustitución habilitan la temporalidad en tres situaciones diferentes:

- 1ª) Sustituir a quien disfruta de derecho a reserva de puesto de trabajo.
- 2ª) Completar una reducción de jornada.
- 3ª) Cubrir una vacante mientras dura el proceso para su cobertura definitiva.

En la primera situación, la sustitución debe ser la de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo. A diferencia de lo que ocurre en la segunda situación, en la que la reducción debe ampararse en causas legales o convencionales, el derecho de reserva de puesto puede tener una fuente legal, convencional o contractual. Así hay que entenderlo a la vista de que la reserva de puesto puede resultar de un pacto individual conforme al artículo 48.1 ET. Por lo demás, no es necesaria una suspensión del contrato para activar una reserva de puesto: lo relevante no es que haya suspensión, sino que exista un derecho de reserva de puesto, lo que no acontece, salvo pacto, en una excedencia voluntaria, por ejemplo, y sí acontece, también por ejemplo, en el traslado o cambio de centro de trabajo de víctimas de violencia de género o de terrorismo (art. 40.4 ET).

Para esta primera situación, la norma introduce ahora la novedad de regular el posible solapamiento o coincidencia entre la persona sustituida y la sustituta. Sin embargo, la regulación solo

se ocupa de la coincidencia en la entrada o al inicio de la interinidad, pero no de la coincidencia en la salida o al fin de la interinidad (existe una clara identidad de razón, por lo que cabe la analogía aquí): lo que la norma prevé es que “la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días”. Sorprende que se mantenga la prohibición de coincidencia en el caso previsto en el art. 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En la segunda situación, el contrato puede concertarse para completar la jornada reducida por otra persona. La norma limita expresamente el supuesto habilitante a una reducción de jornada prevista legal o convencionalmente; no por tanto a una posible reducción de jornada acordada individualmente por la razón que sea. Esta limitación es desafortunada, pues desincentiva a las empresas a la hora de atender posibles peticiones de reducción temporal de jornada basadas en múltiples razones que pueden afectar a las personas a lo largo de la vida y que no se contemplan necesariamente en la ley o en el convenio colectivo.

En estas dos situaciones, el contrato debe especificar el nombre de la persona sustituida y el nombre de la sustituta. En cuanto a la duración, tendrá la misma que la causa habilitante: la ausencia con reserva de puesto de trabajo o la reducción de jornada por causa legal o convencional.

Finalmente, en la tercera situación, el contrato puede concertarse “para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo”. Se incorpora así al Estatuto de los Trabajadores una previsión que hasta ahora tenía mero rango reglamentario. Aquí sí se establece una estricta duración máxima del contrato, cifrada en tres meses (plazo que el convenio colectivo puede reducir, pero no ampliar), y se añade la prevención de que no puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada la duración máxima referida.

Un comentario final crítico

La reforma de los supuestos de temporalidad del artículo 15 ET podía haberse limitado a la supresión del contrato por obra o servicio determinado y a algunos retoques menores en el de interinidad y eventual. La única reforma verdadera y profundamente necesaria era penalizar la ilegalidad en la utilización de los contratos de duración determinada, porque hasta la fecha esa ilegalidad apenas tenía consecuencias negativas para los incumplidores. Con eso hubiera bastado: una elevación de las cuantías sancionadoras para hacerlas suficientemente disuasorias y castigar la utilización fraudulenta e ilegal de los supuestos de temporalidad.

Pero para que esa elevación de sanciones fuera justa se requería haber dejado el contrato eventual como estaba, porque, con sus virtudes y sus defectos, el contrato había adquirido ya unos perfiles más o menos nítidos y su utilización podía considerarse “segura”, razonablemente. Con los nuevos contratos por circunstancias de la producción ha emergido la niebla y nos dirigimos hacia una travesía tenebrosa, quién sabe por cuánto tiempo, hasta que tengamos unos criterios pacíficos y razonablemente seguros acerca de la utilización de estos contratos. Contratos que son ya, desaparecido el de obra o servicio, los contratos temporales por antonomasia, los únicos a los que se podrá acudir para necesidades temporales de mano de obra derivadas de circunstancias de la empresa o del mercado. Sancionar duramente en el contexto de inseguridad jurídica generada por una redacción nueva repleta de conceptos vagos (ocasional, previsible, oscilación, etc.) podría ser injusto en muchos casos; cabe confiar, como nota positiva, en la profesionalidad y buen juicio de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.