



REVISTA

# DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

## LA REFORMA LABORAL: UN PRIMER BALANCE

NÚMERO 17, OCTUBRE DE 2022

JULIO A DICIEMBRE 2022, FECHA DE CIERRE OCTUBRE 2022

LA REFORMA LABORAL INTRODUCIDA POR EL  
RDL 32/2021, 28 DE DICIEMBRE, EN RELACIÓN  
CON LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

ENTIDAD EDITORA

*Dykinson, S.L.*



CÁTEDRA UNESCO  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**  
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

# LA REFORMA LABORAL INTRODUCIDA POR EL RDL 32/2021, 28 DE DICIEMBRE, EN RELACIÓN CON LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

*THE LABOR REFORM INTRODUCED BY RDL 32/2021,  
OF DECEMBER 28, IN RELATION TO CONTRACTS*

**ALEXANDRE PAZOS PÉREZ**

*Profesor Contratado Doctor (Acreditado Titular)*

*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Vigo*

Fecha de recepción: 4/7/2022

Fecha de aceptación: 10/10/2022

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTRATO TEMPORAL DE SUSTITUCIÓN. 3. ESTABLECIMIENTO DE UN CONTRATO INDEFINIDO ESPECÍFICO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y DEROGACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA. 4. TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN. 5. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FORMATIVO. 6. INCREMENTO DE LAS EXIGENCIAS PARA ENCADENAR CONTRATOS TEMPORALES. 7. MODIFICACIONES EN RELACIÓN CON EL TRABAJO FIJO-DISCONTINUO. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El RDL 32/2021 introduce cambios sustanciales en las modalidades contractuales, especialmente en los contratos de trabajo de duración determinada. La reforma modifica el contrato por circunstancias de la producción y el contrato de formación. Reemplaza el contrato de interinidad por el contrato de sustitución, así como aparece un

nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción. Asimismo, se reduce el periodo de contratación mediante dos o más contratos temporales de 24 a 18 meses para la adquisición de la condición de persona trabajadora fija. Se encarece la cotización de los contratos temporales y se endurece el régimen sancionador por su uso fraudulento. También se modifica el contrato fijo–discontinuo ensanchando su ámbito de aplicación.

**ABSTRACT:** RDL 32/2021 introduces substantial changes in contractual modalities, especially in fixed–term employment contracts. The reform modifies the contract due to production circumstances and the training contract. It replaces the interim contract with the substitution contract, as well as a new indefinite contract assigned to work in the construction sector. Likewise, the hiring period is reduced by means of two or more temporary contracts of 24 to 18 months for the acquisition of the status of permanent worker. The Social Security cost of temporary contracts is increased. The fixed–discontinuous contract is also modified, broadening its scope of application.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato sustitución, contrato circunstancias de producción, contrato formativo, contrato fijo–discontinuo.

**KEY WORDS:** Substitution contract, production circumstances contract, training contract, fixed–discontinuous contract.

## 1. INTRODUCCIÓN

La aprobación 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<sup>1</sup>, fruto del Acuerdo Social en el que se puede apreciar su dimensión política<sup>2</sup>, ha dado lugar a una serie de cambios sustanciales en las modalidades contractuales<sup>3</sup>, especialmente en relación con la contratación temporal. El consenso alcanzado demuestra que la mejora de condiciones laborales no tiene que ser contraria a los intereses empresariales. **Los cambios relacionados con las modalidades contractuales se centran principalmente en la modificación de la contratación temporal**<sup>4</sup>, por ello su objetivo es pretender limitar el uso de los contratos de duración determinada y establecer la presunción del contrato indefinido. Se trata más bien de una restitución de la presunción de contrato indefinido, porque ya se contemplaba anteriormente en el ET de 1980 y se perdió con la posterior reforma del ET en 1994. Asimismo, se sustituye la referencia a la necesidad de la existencia de fraude de ley por la alusión a los incumplimientos de los requisitos legales para la declaración de fijeza de la relación laboral, como la falta de alta en la Seguridad Social, la superación de los límites temporales de la contratación, la falta de especificación de la persona sustituida o la inexistencia de causa que justifique la contratación temporal.

Se refuerza la necesidad de exigencia de causa que justifique la contratación temporal por parte de las empresas. Como exige el art. 15.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>5</sup>, se debe especificar “la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”. En este sentido,

.....

1 BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021 (en adelante RDL 32/2021).

2 El consenso en el diálogo social permite ser optimistas con la consecución de los objetivos perseguidos por la reforma laboral, pero por el contrario también podría tener aspectos discutibles de imprecisión o desnaturalización de las instituciones si se ha logrado a costa de introducir ambigüedad en las reglas que lo regulan. GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, p. 59.

3 Se ha afirmado que la reforma laboral contiene ajustes parciales sustanciales, pero no es una reforma estructural que reforme de manera íntegra el sistema de relaciones laborales. FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2022, p. 1. (BIB 2022/2).

4 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral tras el Real Decreto-ley 32/2021”, *Labos*, vol. 3, 2022, p. 20.

5 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015 (en adelante ET).

las causas que legalmente justifican la temporalidad contractual sufren una importante transformación. Además, con la reforma desaparece el contrato de obra o servicio determinado que se utilizaba frecuentemente en las contrataciones y subcontratas mercantiles o administrativas.

La propia exposición de motivos del RDL 32/2021 se sustenta en gran medida en los compromisos adquiridos por el Reino de España en el ámbito europeo en relación con el componente 23 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia, centrado en intentar solucionar los elevados niveles de temporalidad, precariedad y la escasa apuesta por la formación de las personas trabajadoras en nuestro mercado de trabajo. En ese contexto se debe ubicar la reforma laboral en materia de contratación, es decir, en el marco de reformas exigidas por la Unión Europea para la obtención de los fondos *Next Generation* en el que existe un compromiso de generalizar el contrato indefinido y de reforzar la causalidad en la contratación temporal.

Por un lado, es necesario destacar la modificación del art. 15 del ET, sobre el contrato por circunstancias de la producción, que presenta dos sub-modalidades en función de la causa. Una primera que se puede concertar cuando concurren incrementos ocasionales imprevisibles de la producción u oscilaciones de la demanda y una segunda modalidad para cubrir situaciones ocasionales previsibles o regulares. La limitación de la contratación eventual ha ido de la mano del reforzamiento y de la modificación muy intensa del contrato fijo-discontinuo, con el objetivo de corregir la excesiva temporalidad que caracteriza a nuestro mercado de trabajo<sup>6</sup>. Además, se le otorga un fuerte protagonismo al papel de la negociación colectiva como complemento necesario de la regulación contenida en el art. 16 del ET. Asimismo, hay que tener en cuenta que un “contrato temporal fraudulento para cubrir trabajos cíclicos o intermitentes debe transformarse en un contrato fijo-discontinuo, computando la antigüedad desde el primer contrato”<sup>7</sup>. También se reduce el periodo de contratación mediante dos o más contratos temporales de veinticuatro a dieciocho meses para la adquisición de la condición de persona trabajadora fija.

Por otro lado, se unifican los anteriores contratos para la formación y el aprendizaje y el de prácticas, en un solo contrato denominado contrato formativo que supone una modificación de su régimen jurídico, pero habrá que esperar a su desarrollo reglamentario para conocer su verdadero alcance.

.....

6 Como se puede apreciar en los datos del INE, en el primer trimestre del 2022 la tasa de temporalidad en España se sitúa en un 24,2% y el de las mujeres en un 26,8%. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4241>.

7 MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup> R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022, p. 3. Versión digital (BIB 2022/1136). Siguiendo este criterio, la STS de 25 de noviembre de 2020 (rec. 777/2019), declaró que utilizar sucesivos contratos eventuales cuando se constata la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, constituye un fraude de ley que conlleva el reconocimiento de la consideración de la persona trabajadora como fija-discontinua.

De manera complementaria se produce un encarecimiento de la cotización social de los contratos temporales que tengan una duración inferior a treinta días, estableciendo una duración superior a la anterior fijada en siete días y que implica una tasa de penalización de importe fijo de 26,57 euros por cada contrato inferior a treinta días, excepto en el contrato de sustitución. Se establece una penalización creciente lineal, no proporcional, condicionada por la frecuencia del contrato, por lo que tiene una incidencia especialmente relevante en los contratos con retribuciones reducidas. Asimismo, se aplica la misma cuantía con independencia de la duración de contrato, por ello aquellos cuya duración sea más corta estarán más penalizados, puesto que si en el mismo periodo de tiempo se hacen dos contratos se multiplicará por dos la cantidad, si se hacen tres se multiplicará por tres y así sucesivamente<sup>8</sup>. La intención de la reforma es penalizar y limitar los contratos temporales de muy corta duración, encareciendo la cotización a la Seguridad Social, lo que ha supuesto la modificación del art. 151 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>9</sup>. Esta cotización adicional no se aplicará a los contratos celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, ni a los contratos por sustitución.

Además, también se produce un endurecimiento del régimen administrativo-sancionador e incremento en la cuantía de las sanciones administrativas a las empresas por cada contrato temporal fraudulento que se contemplan en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>10</sup>, estableciendo una infracción por cada persona trabajadora afectada. Con anterioridad a la reforma laboral se penalizaba de manera global la conducta de la empresa independientemente del número de contratos objeto de incumplimiento, por lo que ahora el cambio multiplica el efecto disuasorio de la infracción administrativa. Dicho endurecimiento también se aplica a las ETTs y a las

8 ROJO TORRECILLA, E., Blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2022-01-05T12:09:00%2B01:00&max-results=5&reverse-paginate=true> (fecha de la última consulta: 3 de junio de 2022).

9 Como indica el art. 151.2 de la LGSS (en adelante LGSS) la “cotización adicional se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes”. Además, el art. 3 de la Orden PCM, de 30 de marzo de 2022, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el 2022, señala que la base mínima diaria del grupo 8 es de 38,89 euros. A la que hay que aplicar el tipo del 23,6 correspondiente a la empresa y multiplicar por 3, resultando una cuantía de 26,57 euros de cotización que se deben sumar a los que correspondan en función de la retribución establecida. Esta cotización adicional es independiente de la mayor cuota que corresponde pagar como cuota patronal por desempleo en los contratos temporales.

10 BOE núm. 189, de 8 de agosto de 200 (En adelante LISOS).

empresas usuarias, lo que supone un mayor rigor en la contratación también en el entorno del prestamismo laboral<sup>11</sup>. En este sentido, como señala el art. 5 del RDL 32/2021 se endurecen las sanciones a la transgresión de la normativa sobre las modalidades contractuales que ahora van a ser sancionadas con multa de 1.000 a 10.000 euros<sup>12</sup> por cada uno de los contratos<sup>13</sup>. En definitiva, se individualiza la sanción administrativa por cada trabajador contratado en fraude de ley y se agravan las sanciones contenidas en el art. 40 de la LISOS.

El RDL 32/2021 ha entrado en vigor el 31 de diciembre de 2021, sin embargo, el grueso de la reforma de las modalidades contractuales, art. 15 y 16 del ET, no ha entrado en vigor hasta tres meses después. Se establece un régimen transitorio por el que las empresas podrán seguir aplicando la anterior regulación, en el caso de los contratos de duración determinada suscritos antes del 31 de diciembre de 2021, hasta que se complete su duración máxima<sup>14</sup>. Para los contratos de duración determinada concertados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022<sup>15</sup>, por el que se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses. Concretamente, en los contratos de obra y servicio determinado, la duración máxima se extenderá hasta su duración máxima, ya sea legal o convencional, existiendo la posibilidad de concertar contratos de obra o eventuales por un plazo máximo de seis meses hasta el 30 de marzo de 2022. Igualmente sucede con los contratos formativos, eventuales y de interinidad. En este orden de consideraciones, hay que tener en cuenta que hasta el 31 marzo de 2022 no se podían hacer contratos por circunstancias de la producción, de sustitución ni tampoco había entrado en vigor la nueva regulación del fijo-discontinuo hasta entonces.

11 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis”, *Revista Derecho Social*, núm. 98, 2022, pp. 39–56.

12 Anteriormente las cuantías oscilaban entre 751 y 7.500 euros, lo que supone un incremento de un 25% en las cuantías de las multas, lo que se puede valorar como justificado, necesario y proporcionado para conseguir los objetivos perseguidos por la reforma.

13 Art. 7.2 y 40.1.g) de la LISOS.

14 Disposición Transitoria tercera del RDL 32/2021, por el que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 15 del ET y el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada.

15 La Disposición Transitoria tercera del RDL 32/2021, indica que se mantendrá la regulación normativa bajo la que fueron concertados hasta su duración máxima. Además, en la Disposición Transitoria cuarta se establece un régimen transitorio para los contratos de duración determinada concertados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022, que señala que se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a 6 meses.

## 2. EL CONTRATO TEMPORAL DE SUSTITUCIÓN

El contrato temporal de sustitución, reemplaza o sustituye al antiguo contrato de interinidad regulado en el art. 15.1.c) del ET vigente hasta el 30 de marzo de 2022<sup>16</sup>, fecha en la que ha sido derogado y que ha sido sustituido por los nuevos contratos de trabajo de duración determinada por sustitución de persona trabajadora, tras la reforma laboral efectuada por el RDL 32/2021. Por tanto, se modifica el art. 15 del ET y se limita a supuestos muy específicos que tienen que ver con la situación coyuntural de la persona trabajadora.

Es necesario que el nuevo contrato de sustitución especifique 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. En el RDL 32/2021 se indica que se podrán suscribir en tres situaciones: una primera para la sustitución de personas durante la suspensión del contrato de trabajo de trabajo con reserva del puesto de trabajo, una segunda para cubrir una jornada reducida por causa legal o convencional y una tercera para cubrir vacantes durante un proceso de selección.

El nuevo contrato de sustitución presenta como novedad más importante la **posibilidad de coexistencia durante un periodo de tiempo que no puede exceder de quince días naturales, de la persona sustituida y de aquella que la sustituye**. Se limita a aquellos casos de ausencias previsibles y predeterminadas en el tiempo. Esta novedad se puede valorar positivamente, ya que permite que ambas personas trabajadoras coincidan durante un breve periodo de tiempo para garantizar que se desempeñan correctamente las funciones inherentes al puesto de trabajo, consiguiendo llevar a cabo una transición más efectiva. Hubiese sido recomendable reconocerles también este derecho a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Con respecto a los supuestos de interinidad en la Administración Pública<sup>17</sup>, previamente-



16 Como señala la STS 745/2019, de 30 de octubre (rec. 1070/2017), el contrato de interinidad se define como aquel contrato de duración determinada con el objeto de sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, pendiendo su duración de la reincorporación del trabajador sustituido por finalizar el periodo de ejercicio de dicho derecho. Dicha definición no permitía la inclusión de otras circunstancias en las que no exista obligación de prestar servicios que difieran de aquellas en las que se produce el denominado derecho de reserva del puesto de trabajo, situación que pretende corregir la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

17 La temporalidad afecta con mayor intensidad al empleo público, llegando alcanzar el 27,7% de media en el 2019, frente al 25,9% en el sector privado. NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, p. 33. En función de esos datos, se puede afirmar que las Administraciones Públicas “incumplen sistemáticamente la normativa sobre modalidades contractuales y concentran más de la cuarta parte del empleo atípico y temporal”. FERNÁNDEZ NIETO, L.A., “La presunción de indefinición del contrato de trabajo y sus excepciones en el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, *Diario La Ley*, núm. 10060, Sección Dossier, Wolters Kluwer, mayo 2022, p. 3. Versión digital (La Ley 4174/2022).



te a la reforma llevada a cabo por el RDL 32/2021<sup>18</sup>, el Real Decreto–ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público<sup>19</sup>, estableció que aquellos trabajadores que superen el plazo máximo de tres años de permanencia como interino por vacante, y no superen la oposición, tendrán una compensación económica de 20 días por año trabajado, hasta un máximo de 12 mensualidades. La razón de ser de esa limitación temporal encuentra su causa en las diferencias desproporcionadas que había entre la duración del contrato de interinidad en el ámbito privado, establecida en tres meses o el plazo inferior establecido en el convenio colectivo, y la duración ilimitada en el ámbito público y la necesidad de limitar esa duración temporal. Por ese motivo, la STJUE de 3 de junio de 2021<sup>20</sup>, se ha opuesto a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, “por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a trabajadores indefinidos no fijos como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores”. Tras esta STJUE, el Tribunal Supremo establece doctrina sobre la duración de un contrato de interinidad por vacante en el sector público e indica que será la del tiempo que duren los procesos de selección para cubrir la vacante conforme a lo dispuesto en su normativa legal o convencional específica y confirma que no tienen derecho a indemnización. Desde mi punto de vista, se ha desaprovechado la ocasión para reconocer en el art. 49.1 c) del ET el derecho a indemnización del contrato por sustitución de una persona trabajadora.

El RDL 32/2021 introduce la posibilidad de realizar una interinidad parcial para sustituir a personas trabajadoras con jornada reducida, que anteriormente solo se reconocía de forma reglamentaria mediante el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, pero ahora se reconoce en el propio ET, dotando a este contrato de mayor versatilidad.

Es necesario tener en cuenta que en el contrato de sustitución lo relevante es que exista un derecho de reserva del puesto de trabajo y no que exista una suspensión contractual. Si bien, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y paternidad, está garantizada la reserva del puesto de trabajo<sup>21</sup>. Lo mismo sucede en los supuestos de excedencias forzosas por cargo público o por funciones sindicales<sup>22</sup>, en los casos de excedencias voluntarias por cuidado

18 Se omite una referencia explícita al ámbito público, pero se debe entender completado por la disposición adicional cuarta apartado tercero del RDL 32/2021, que remite a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

19 BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021.

20 Asunto C–726/19.

21 STSJ Cataluña n.º 8607/1999, de 2 noviembre de 1999 (rec. 6930/1999).

22 STS de 23 de noviembre de 2009 (rec. 3601/2008).

de hijos o familiares y excedencias voluntarias, cuando la reserva de puesto de trabajo se pacte de forma individual o por aplicación de convenio colectivo.

### 3. ESTABLECIMIENTO DE UN CONTRATO INDEFINIDO ESPECÍFICO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y DEROGACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

Con la reforma introducida por el RDL 32/2021 aparece un nuevo contrato indefinido adscrito a obra vinculado a obras de construcción, que sustituye, deroga y hace las veces del anterior contrato temporal para obra y servicio determinado<sup>23</sup>, pero hay que tener en cuenta que aquellos contratos celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 resultarán aplicables hasta su duración máxima de tres años o cuatro en caso de haber sido ampliado por convenio colectivo.

Con esta reformulación del contrato fijo de obra parece “más probable que se superen las exigencias de adecuación al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada”<sup>24</sup>. Es necesario destacar, que en este sector se pueden llevar a cabo varias obras, pero, ahora, **cuando finalice una obra la empresa estará obligada a ofrecer una propuesta de recolocación al trabajador, previo desarrollo, si fuera preciso, de un proceso de formación a cargo de la empresa.** Si la propuesta escrita es aceptada por la persona trabajadora, se incorporará como una cláusula adicional al contrato de trabajo, debiendo adjuntarse al mismo. En caso de que el trabajador rechazase la oferta de recolocación o fuese imposible llevarla a cabo por motivos inherentes a la misma por no existir un puesto adecuado, se producirá la extinción contractual con una indemnización del 7% calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato. Este régimen de extinción se prevé con independencia del número de trabajadores afectados. En este orden de consideraciones, esta modalidad contractual se caracteriza porque se puede extinguir por un elenco de motivos inherentes a la persona trabajadora poco defendible, en particular letras b) y c) del apartado 5. Entre esos mo-

.....

23 Se establece un régimen transitorio para los contratos de duración determinada vigentes a 31 de diciembre de 2021 como señala la Disposición Transitoria tercera del RDL 32/2021, por el que se mantendrá la regulación normativa bajo la que fueron concertados hasta su duración máxima. En el caso del contrato de obra su duración máxima se extenderá hasta los tres años prorrogable un cuarto año más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

24 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

tivos se encuentra que el trabajador rechace expresamente la propuesta de recolocación en el plazo de siete días, que la cualificación no resulte adecuada a las necesidades de la empresa, que exista un exceso de personas con esa concreta cualificación y que no exista una nueva obra en esa misma provincia acorde a la cualificación profesional del trabajador o acorde a su posible recualificación. Cuando se trata de alguno de estos motivos, la persona trabajadora tendrá derecho a una indemnización y, además, la persona trabajadora se considerará en situación legal de desempleo y si cumple los requisitos legalmente establecidos, tendrá derecho a cobrar el paro<sup>25</sup>. Todo ello sin perjuicio de poder extinguirse por las causas previstas en el ET.

También hay que destacar la STJUE de 24 de junio de 2021 que afirma que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, si la renovación de sucesivos contratos de duración determinada “fijos de obra” se consideran justificados por “razones objetivas”, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables.

Como consecuencia de esa sentencia europea, el art. 2 del RDL 32/2021 modifica la Disposición Adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 octubre, que permitía la intervención de la negociación colectiva para adaptar el anterior contrato por obra o servicio determinado. Con la nueva redacción, el contrato de trabajo del sector de la construcción adscrito a una obra se considerará indefinido. Además, se impone la obligación a la empresa de preavisar a la persona trabajadora afectada con quince días de antelación y se establece la obligación de notificar a la representación legal de los trabajadores la extinción del contrato con una antelación de 7 días a su efectividad. Sin embargo, difícilmente esas medidas cumplen los requisitos de información y consulta establecidos en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos<sup>26</sup>, que se refieren a un plazo de 30 días<sup>27</sup>, y dicha incompatibilidad puede dar lugar a declaraciones de nulidad. Para acreditar la existencia de un despido colectivo es necesario tener presente, por un lado, la extensión de la plantilla que compone el centro de trabajo y, por otro, un

.....

25 Se modifica el art. 267 de la LGSS por el que se reconoce que se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores que su contrato se extinga por motivos inherentes a la persona trabajadora.

26 DOCE núm. 225, de 12 de agosto de 1998.

27 El art. 4, apartados 1 a 3, de la Directiva 98/59 dispone que “los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista en el apartado 1 del art. 3, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso”.

número mínimo de despidos y extinciones, aplicando las garantías previstas en la norma comunitaria de información y consulta a los representantes de los trabajadores y medidas de acompañamiento social.

Hay que tener en cuenta que esta nueva modalidad contractual se aplica a las empresas del sector de la construcción y solo alcanza a los trabajadores adscritos a obra que tengan por objeto tareas o servicios vinculados a obras de la construcción. Por consiguiente, no se aplica a los trabajadores del sector de la construcción que formen parte del personal de estructura.

Por otra parte, llegados a este punto, hay que destacar que el periodo de inactividad es exclusivamente el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones, por lo que existe una obligación empresarial de efectuar una propuesta de recolocación. De esta forma se sanciona la incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte la contratista<sup>28</sup>. Si es preciso, se deberá establecer un proceso previo de formación, a cargo de la empresa y es necesario que la propuesta se efectúe por escrito.

Con respecto a la finalización de la obra, hay que remarcar que se realiza una definición flexible de la finalización de la obra que incluye la disminución real del volumen de la obra y la paralización de la misma. Se describe como la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados. La finalización de la obra debe ser puesta en conocimiento de la representación legal de los trabajadores con cinco días de antelación a su efectividad.

En definitiva, esta nueva modalidad contractual se extingue ante la ausencia de una nueva obra con una indemnización y el derecho a percibir la prestación por desempleo, al igual que su predecesor. Por tanto, se mantiene en su esencia, aunque se ha cambiado el nombre, probablemente con la finalidad de que no compute a efectos estadísticos como un contrato temporal. No obstante, se puede apreciar una mejora con respecto al incremento neto de la nómina de aquellos trabajadores que se desplacen a un municipio distinto del lugar habitual de trabajo. Porque ahora sí se considera que se desplazan los trabajadores adscritos a una obra y los gastos del desplazamiento y las dietas ahora sí tienen naturaleza extrasalarial, quedando exentos de tributación y de cotización. Aunque la mejora más importante en relación con la regulación convencional consiste en la imposición de la obligación empresarial de ofrecer a la persona trabajadora una recolocación en caso de existir una nueva obra en la provincia<sup>29</sup>.

.....

28 Art. 16.4 del ET.

29 ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra...” *op. cit.*, pp. 54–55.

## 4. TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

La reforma llevada a cabo por el RDL 32/2021 ha transformado el contrato eventual en un contrato por circunstancias de la producción que se ha desdoblado en dos modalidades. Una primera relacionada con el incremento ocasional e imprevisible, que es la que quizás más se parezca al anterior contrato eventual, pese a que en esta modalidad se incluirán los supuestos para cubrir las ausencias por vacaciones de otros trabajadores<sup>30</sup>. Es decir, deben ser oscilaciones “imprevisibles y deben referirse a incrementos extraordinarios, no cíclicos ni regulares”<sup>31</sup>, pero eso no quiere decir que no se puedan repetir. Su razón de ser se encuentra en el desajuste temporal entre el empleo disponible y el necesario que puede surgir del disfrute durante el periodo vacacional, sea en fechas habituales o no, que se convierte en un “supuesto concreto de temporalidad específicamente habilitado por la norma”<sup>32</sup>. La causa que explica la inclusión expresa de este supuesto de contratación temporal reside en la imposibilidad de atender la actividad de la empresa con la plantilla disponible en ese momento, sin que resulte proporcionado exigir contrataciones por tiempo indefinido, por la breve duración de la situación generada<sup>33</sup>. Se debe hacer una interpretación extensiva de las oscilaciones a los permisos y licencias, puesto que la referencia a las vacaciones es tan solo a modo ejemplificativo.

El concepto de previsibilidad es indeterminado, porque casi todo puede ser previsible e imprevisible con variar el marco temporal de la estimación, porque lo que no es previsible hoy lo puede ser mañana. Aunque teniendo en cuenta el art. 15.2 del ET que señala 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”, se puede deducir que la previsión se proyecta sobre el año natural<sup>34</sup>, se entiende que para el año entrante. Aunque la norma no se refiere a las posibles consecuencias de la omisión de la información, considero que se debería aplicar el art. 15.4 del ET, reconociendo la fijeza de la relación. Además, la consideración de imprevisible habría que interpretarla como que no se puede calendarizar para diferenciarlo del contrato fijo-discontinuo. Además, el contrato por circunstancias de la producción está justificado para sortear el déficit de personas disponibles, cualquiera que sea su vínculo

30 Inclusión que tiene su origen en la STS de 10 de noviembre de 2020 (rec. 2323/2018).

31 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral...” *op. cit.*, p. 24.

32 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral...” *op. cit.*, p. 24.

33 CABERO MORÁN, E., “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Tra-  
bajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, abril, 2022, Wolters Kluwer, p. 13. Versión digital (La Ley 2554/2022).

34 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral...” *op. cit.*, p. 23.

contractual con la empresa, por eso no entiende muy bien la alusión de la norma al “empleo estable disponible”<sup>35</sup>.

Y una segunda para atender las situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y acotada en el tiempo. **Se admitirá como ocasional aquellas situaciones que en el transcurso de un año no excedan de noventa días y que se puedan distribuir en al menos dos segmentos separados.** Esas situaciones deben estar identificadas en el contrato y se refieren a oscilaciones que aun dentro de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre empleo disponible y el requerido, siempre fuera del ámbito del empleo fijo–discontinuo. Como consecuencia de su duración corta en el tiempo, no se requiere preaviso extintivo, pero tendrán derecho a la indemnización de doce días de salario por año de servicio.

En este segundo supuesto, las empresas podrán utilizar el contrato por circunstancias de la producción un máximo de noventa días en el año natural, no pudiendo ser consecutivos y sin limitación del número de trabajadores. Todo lo cual puede generar varias dudas sobre si se están incentivando los micro–contratos de trabajo y sobre cómo se gestiona que no puedan ser consecutivos en relación con la regla de la única prórroga que tiene una eficacia bastante limitada. E incluso también son dudosos los límites reales que implican que no se puedan superar noventa días de forma consecutiva. Por ello la previsión es que cada necesidad ocasional, acabe generando un contrato distinto. Además, se plantea el reto de la dificultad que, en ocasiones, puede suponer diferenciar entre las situaciones previsibles e imprevisibles, sobre todo porque en el caso de las situaciones previsibles de corta duración se encuentra en una zona gris que puede entrar en confusión con la modalidad contractual del fijo–discontinuo, que se deberá utilizar en los casos en que la duración supere los noventa días en el año natural.

Con respecto a su duración, puede durar un máximo de seis meses, pero se puede incrementar hasta doce por convenio sectorial. Hay que destacar que es la única referencia expresa a la negociación colectiva en esta modalidad de contrato. En aquellos contratos por circunstancias de la producción que su duración no exceda de cuatro semanas, parece que no es obligatorio que se formalicen por escrito, ya que no se ha modificado el art. 8.2 del ET. De todas formas, es previsible que las empresas tengan interés en realizar el contrato por escrito para no correr el riesgo potencial de que la persona trabajadora pueda ser declarada fija, aunque las reducidas consecuencias económicas de esa declaración limitan la entidad del problema<sup>36</sup>. Para intentar evitar el fraude, el nuevo art. 15.7 del ET reconoce el derecho de información a la representación legal de los trabajadores de los “contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos”.

.....

35 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

36 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

De la misma manera que el anterior contrato eventual, tan solo se puede llevar a cabo una única prórroga cuando el contrato se hubiese formalizado por una duración inferior a la legal o convencionalmente establecida. Además, hay que tener en cuenta que si el empresario quisiese reducir la duración del contrato acordada puede incurrir en causa de despido improcedente. Porque un desajuste al alza no es subsanable y puede dar lugar a la aplicación del art. 15.4 del ET que establece que las “personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”.

Por otro lado, existe una relación compleja entre el contrato por circunstancias de la producción y el contrato fijo–discontinuo desde el punto de vista causal. Pueden surgir dudas para diferenciar o marcar los límites difusos entre el carácter intermitente u ocasional, especialmente con las ocupaciones estacionales de menos de noventa días. Incluso se podría afirmar que existe un “espacio tangente en el que sería lícito emplear ambos contratos”<sup>37</sup>. Desde mi punto de vista, se podría recurrir al contrato por circunstancias de la producción cuando no se trate de actividades de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. Por ejemplo, no sería posible utilizarlo para la actividad de limpiar playas en verano, pero sí para atender stands en recintos feriales. Asimismo, la intención del RDL 32/2021 es que el contrato fijo–discontinuo no solo se utilice para los trabajos de naturaleza estacional o de temporada, sino también en aquellos trabajos de prestación intermitente, que tengan períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados, que previamente eran cubiertos por el contrato a tiempo parcial y que se deroga con esta reforma. O, por decirlo en otras palabras, habría un espacio común teóricamente integrado por aquellas actividades que tradicionalmente no podían ser desarrolladas mediante contrato fijo–discontinuo, pero si tras la reforma introducida por el RDL 32/2021.

Llegados a este punto, es necesario hacer referencia a la difícil vinculación del contrato por circunstancias de la producción regulado en el art. 15.2 del ET con la realización de trabajos en el marco de contrata<sup>38</sup>. Porque se trata de una incompatibilidad relativa, ya que no cabe identificar como causa el propio contrato civil, mercantil o administrativo. Pero en su desarrollo pueden suceder circunstancias de la producción, como la sustitución de trabajadores de vacaciones, la realización de un trabajo específico para la contrata, o refuerzo de ciertas tareas en días puntuales. Es decir, cuando la celebración de una contrata sea una excepción a la forma habitual de trabajo, la empresa podría celebrar contratos por circunstancias de la producción con las personas trabajadoras destinadas a prestar

37 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

38 El último párrafo del art. 15.2 del ET indica que “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”.

el servicio contratado<sup>39</sup>. No obstante, tras la reforma introducida por el RDL 32/2021, el art. 16 del ET contempla la posibilidad de celebrar contratos fijos–discontinuos para el desarrollo de la prestación de servicios en el marco de las contratas y subcontratas. Por todo ello, se puede apreciar que la reforma laboral “cierra la puerta, aunque no totalmente, a la posibilidad de que la contratación de duración determinada sea la forma natural de prestación de servicios en las contratas y subcontratas y reconduce la contratación a la modalidad de fijo discontinuo”<sup>40</sup>.

## 5. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FORMATIVO

Los contratos formativos sirven para dotar de cualificación profesional, teórica y práctica, a quienes van a desempeñar su primera actividad laboral o necesitan una re-cualificación para poder adaptarse adecuadamente a las necesidades del mercado. Es una modalidad contractual que estadísticamente, a lo largo de la historia, no ha terminado de funcionar, a pesar de las numerosas reformas que se han llevado a cabo<sup>41</sup>.

Tras la reforma introducida por el RDL 32/2021 se produce una reconstrucción de los contratos formativos, que motiva la desaparición de los anteriores contratos de formación y de prácticas, que son sustituidos por **un único contrato formativo que tiene un doble objeto: por un lado, la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena y, por otro, el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada al nivel de estudios de la persona trabajadora**. Por tanto, se produce una refundición del contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje, que persigue establecer una regulación que favorezca la incorporación de las personas jóvenes al mercado de trabajo y que al mismo tiempo sea recomendable a las empresas.

Hay que destacar una serie de reglas comunes al contrato formativo, como la cobertura de todas las contingencias de Seguridad Social. En este sentido, la cotización a la Segu-

.....

39 En los casos en los que se utilice por la empresa contratista el contrato por circunstancias de la producción, su duración no podrá exceder los seis meses de duración, salvo que el convenio colectivo sectorial aplicable hubiese previsto su extensión hasta un máximo de doce meses, ya que se trata de un contrato temporal. DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, Wolters Kluwer, 2022, p. 19. Versión digital (La Ley 2555/2022).

40 *Ibidem*.

41 PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, pp. 7–18.



ridad Social deja de ser reducida, aunque no puede superar la base mínima mensual de cotización del Régimen General, pero se cotiza íntegramente incluyendo la cotización por desempleo, formación profesional y al Fondo de Garantía Salarial. Asimismo, también se exige la forma escrita con referencias específicas y la formación se refuerza con itinerarios formativos y de tutorización. Todo ello sin perjuicio de que se prevé la entrada en vigor de un futuro estatuto del becario, que resultará clave para determinar el ámbito de aplicación de los contratos formativos<sup>42</sup>. Es necesario tener en cuenta su relación directa, porque en muchos casos las becas y las prácticas no remuneradas son sustitutivos de los contratos formativos<sup>43</sup>.

Con respecto al contrato de formación en alternancia, hay que destacar que se pretende compatibilizar el trabajo remunerado con los estudios, adecuando el trabajo a los estudios, con una formación dual: práctica y teórica. Se trata de compatibilizar la actividad laboral con estudios de FP, universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Sin titulación o con otra titulación siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. Los certificados de profesionalidad nivel 1 y 2 solo hasta treinta años de edad. También hay que destacar el programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras, que da lugar a una tutorización doble.

Existe una limitación temporal en relación con el tiempo de trabajo efectivo, que no podrá ser superior al 65% durante el primer año y el 85% durante el segundo año, de la jornada máxima prevista en convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal<sup>44</sup>. No cabe período de prueba en el contrato en alternancia y se reduce a un mes en el contrato en prácticas, con la pretensión de eliminar posibles abusos e incrementar el objetivo de inserción laboral. Aunque siguiendo el mismo argumento basado en el objetivo formativo y no productivo del contrato, la reforma podía haber sido más ambiciosa eliminando también la posibilidad de llevar a cabo un periodo de prueba también en la modalidad de prácticas. Porque hay que tener presente que ambas modalidades se encuentran excluidas de la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET.

También se debe tener en cuenta que, no se pueden realizar horas extraordinarias y en el caso del contrato de formación en alternancia que, puede ser a tiempo parcial, no

.....

42 La Disposición adicional segunda del RD 32/2021 señala que el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, el Gobierno convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para abordar el Estatuto del Becario, que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada. FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021...” *op. cit.*

43 PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021...” *op. cit.*, p. 17.

44 Se produce un cambio mínimo con respecto a su versión anterior, ya que su límite máximo el primer año se reduce del 75% al 65%, manteniéndose el mismo tanto porcentual del 85% en el segundo año.

se pueden hacer horas complementarias. La retribución se regula en el convenio colectivo expresamente, y, en defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año ni al setenta y cinco por ciento el segundo año con respecto a la del convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En defecto de convenio, no se permite imputación de costes y la retribución del contrato en prácticas no puede ser inferior a la del contrato en alternancia, porque no se le puede descontar la formación teórica. Además, el salario no puede ser inferior al Salario Mínimo Interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. No existe un límite de edad en la contratación de las personas trabajadoras, salvo excepciones condicionadas a menores de 30 años, porque se contempla la posibilidad de formalizar el contrato formativo con personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en la Ley de empleo. La reforma también hace una remisión a la negociación colectiva, e indica que, mediante convenios colectivos, preferentemente estatales o autonómicos, se indicarán los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio del contrato formativo.

La otra modalidad se refiere a la actividad laboral dedicada a la obtención de práctica profesional, en la que se requiere estar en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional<sup>45</sup>. O también título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral.

La duración o el tiempo durante el cual se puede realizar el contrato de formación en práctica profesional oscila entre seis meses y un año. Dentro de estos límites, los convenios sectoriales, preferentemente estatales o autonómicos, pueden actuar. También se establece un límite desde que se obtiene el título habilitante, ya que se limita temporalmente dentro de los tres años, o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad. Es decir, los tres años siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. No cabe haber trabajado más de tres meses en la misma actividad, salvo periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado. Asimismo, se establece un límite de dos años por cada titulación/certificado y por cada puesto. La empresa elaborará el plan formativo y designará tutor/a. También hay que tener en cuenta que solo se pueden realizar horas extra por fuerza mayor.

.....

45 BOE núm. 147, de 20 de junio de 2002.

La retribución es la fijada para estos contratos por convenio colectivo expresamente. En su defecto, la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin que en ningún caso pueda ser inferior al contrato de formación en alternancia o al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

En conclusión, la unificación de los contratos formativos es positiva sensata y equilibrada, porque hace que la estructura del art. 11 del ET sea “mucho más coherente y ordenada que en versiones anteriores, lo que facilitará a buen seguro su comprensión, reforzando la seguridad jurídica”<sup>46</sup>.

## 6. INCREMENTO DE LAS EXIGENCIAS PARA ENCADENAR CONTRATOS TEMPORALES

Como señala el art. 15 del ET el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido y solo se podrá celebrar un contrato temporal por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora cuando concurra una causa justificada y su incumplimiento supondrá la adquisición de la condición de fija de la persona contratada, que también se hace extensiva a los supuestos en los que las personas trabajadoras temporales “no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba”<sup>47</sup>. Por tanto, se elimina la presunción de la fijeza que admitía prueba en contra a favor de la conversión directa de la condición de fijo, como una consecuencia legal automáticamente aplicable. Esa conversión automática se refuerza con lo previsto en el art. 15.9 del ET que indica que “la empresa deberá facilitar por escrito a la persona trabajadora un documento justificativo sobre su nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa”. El uso del término fijo y no indefinido puede tener especial relevancia en relación con la contratación temporal fraudulenta en el contexto del empleo público al traer a colación criterios jurisprudenciales que se refieren a la figura del indefinido no fijo.

Con respecto a los límites para encadenar contratos temporales, se modifica la regla que establecía el límite en cuanto a la persona sujeta a una sucesión de contratos temporales. En este sentido, **adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas por concatenación contractual por el mero transcurso del tiempo aquellas que en un “periodo de**

46 PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021...” *op. cit.*, p. 11.

47 Art. 15.4 del ET.

**veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses**, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal<sup>48</sup>. Se mantiene la regla anterior, pero con una disminución del plazo<sup>49</sup>.

También se ha modificado la regla que establecía el límite en relación con el puesto sometido a rotación, que anteriormente se trataba de una mera remisión a la negociación colectiva y ahora se enuncia en una regla imperativa. Se reconoce la condición de fija a aquella persona trabajadora que hubiese ocupado un puesto de trabajo, con o sin solución de continuidad, en un periodo de referencia de veinticuatro meses, durante al menos dieciocho meses mediante contratos por circunstancias de la producción, concertados directamente o mediante ETs<sup>50</sup>. A falta de previsión legislativa, se debe considerar que la fijeza se alcanza en el último puesto desarrollado<sup>51</sup>.

Con ambas restricciones se endurece el régimen restrictivo del encadenamiento de contratos temporales, para su conversión en fijo, independientemente de que la conducta empresarial sea fraudulenta. No obstante, se pueden plantear posibles problemas por la dificultad de fijar los límites con respecto al cómputo del plazo ante un mal uso del contrato de interinidad o del contrato fijo–discontinuo para una cesión que rompa el cómputo de los doce meses. También se puede plantear la duda de cómo valorar el encadenamiento de las dos modalidades de contratación por circunstancias de la producción, porque teóricamente, las causas de cada una de ellas son autónomas. No queda claro si las causas de las circunstancias de la producción se refieren a la puesta a disposición o a la modalidad del contrato, pero todo parece indicar que se refiere a la causa de la puesta a disposición<sup>52</sup>.

En cuanto al encadenamiento de dos o más contratos temporales, hay que tener en cuenta que computa el vigente en el momento de entrada en vigor de la reforma y, aparentemente, no computan los contratos de obra y eventuales formalizados a partir de la entrada en vigor de la reforma. Por lo que se puede apreciar una aparente *amnistía* para los encadenamientos próximos a los veinticuatro meses antes de la reforma.

En relación con la negociación colectiva, han desaparecido casi todas las remisiones a los convenios colectivos, excepto el incremento de la duración del contrato por circuns-

48 Art. 15.5 del ET.

49 El marco temporal anterior establecía que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a veinticuatro meses, pero se ha modificado el art. 15 del ET redactado por el apartado tres del artículo primero del RDL 32/2021 (BOE de 30 diciembre de 2021; Corrección de errores BOE de 18 enero 2022). Vigencia: 30 de marzo de 2022.

50 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

51 GOERLICH PESET, J.M., “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 55.

52 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

tancias de la producción a doce meses. Así como la remisión del art. 15.8 del ET que se refiere a las cláusulas convencionales sobre los criterios de preferencia de las personas trabajadoras con contratos de duración determinada para ocupar los puestos de vacantes de trabajo indefinido en la empresa, en consonancia con el Acuerdo marco. Además, la negociación colectiva también puede tratar las causas de reducción de jornada que habilitan el contrato de sustitución y el plazo inferior a tres meses de duración del contrato de interinidad por vacante. Así como los motivos ocasionales que justifican el contrato por circunstancias de la producción.

El RDL 32/2021 introduce un nuevo reforzamiento del control de los posibles incumplimientos derivados de sobrepasar los límites máximos temporales establecidos, concediéndole al Servicio Público de Empleo Estatal la facultad de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social dichos incumplimientos y facilitando, de esta forma, que se puede iniciar una actividad inspectora.

Por último, con respecto a las reglas de derecho transitorio, la Disposición Transitoria quinta del RDL 32/2021 indica que lo “previsto en la redacción dada por el presente Real Decreto–ley al art. 15.5 del ET será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo”, que quiere decir, a los tres meses de su publicación y que se corresponde con el 31 de marzo de 2022.

## 7. MODIFICACIONES EN RELACIÓN CON EL TRABAJO FIJO–DISCONTINUO

La modificación del contrato fijo–discontinuo que ha llevado a cabo el RDL 32/2021 ha supuesto el ensanchamiento de su ámbito de aplicación. El contrato fijo–discontinuo, asociado tradicionalmente a necesidades indefinidas cíclicas, se amplía a las actividades intermitentes que se repiten en el tiempo. Además, se permite la posibilidad de vincularlo a una contrata o subcontrata, así como se habilita esta modalidad contractual para que sea utilizado por una ETT. Por tanto, su objeto se amplía a los trabajos de temporada y a aquellos intermitentes que tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. La intermitencia presupone periodicidad, que implica que exista alguna razón objetiva, independientemente de la voluntad empresarial, que justifique la alternancia entre periodos de actividad e inactividad<sup>53</sup>. Parece que el legislador ha querido reconducir

.....

53 GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 63.

el contrato fijo–discontinuo a “situaciones que antes justificaban la formalización de un contrato temporal con el fin de dotar a nuestro sistema de relaciones laborales de cierta fijeza”<sup>54</sup>.

La reforma del contrato fijo–discontinuo se ha llevado a cabo por el art. 1 cuatro del RDL 32/2021, que ha dado nueva redacción al art. 16 ET, pero también inciden en el mismo el núm. 2 de la Disposición derogatoria única, que deroga el art. 12.3 ET, que regulaba el contrato a tiempo parcial para trabajos fijos y periódicos y la Disposición Final 1.ª, que modifica el art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal<sup>55</sup>. Estas normas entraron en vigor el día 31 de diciembre de 2021, excepto el art. 1 cuatro del RDL, que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE.

El objeto del contrato fijo–discontinuo engloba distintas realidades laborales que coinciden en su naturaleza estable, permanente, constante o habitual, propia de su carácter indefinido, por la que el trabajador mantiene un único vínculo a pesar de los tiempos de inactividad inherentes a esta modalidad contractual<sup>56</sup>. Aunque es necesario tener en cuenta que, cada interrupción no conlleva la extinción contractual, pero el empresario deberá presentar al trabajador una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas hasta la fecha para evitar posibles abusos o incumplimientos<sup>57</sup>. Entre los trabajos que se incluyen en el ámbito de aplicación de esta modalidad contractual<sup>58</sup>, se encuentran aquellos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada<sup>59</sup>. Los trabajos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados<sup>60</sup>. También se incluyen los trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles<sup>61</sup>, formen parte de la

54 FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021...” *op. cit.*, p. 5.

55 BOE de 2 de junio de 1994 (en adelante LETT).

56 PALOMA SAURINA, P., “Aspectos relevantes del trabajo fijo discontinuo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, p. 253.

57 Art. 29.1 y art. 49.2 del ET. GARCÍA MURCIA, J., “Clases y modalidades de contrato de trabajo”, en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.) *Derecho del Trabajo*, 29 ed, Tecnos, Madrid, 2020, p. 610.

58 Se puede precisar que entre las actividades que se rigen por la nueva modalidad de contrato fijo–discontinuo, se asumen algunos de los supuestos de contratación que hasta ahora se cubrían con el desaparecido contrato de obra o servicio. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 14.

59 Se trata de trabajos permanentes, consolidados, que se reiteran obedeciendo al cambio estacional. La temporada es estacional, cíclica y periódica, mientras que las campañas pueden serlo o no. La jurisprudencia previa a la reforma puede servir para tener en cuenta el criterio interpretativo. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 15.

60 Son trabajos que se reiteran sin una vinculación estacional por motivos intrínsecos a la prestación laboral, por ejemplo, el montaje de escenarios para eventos, que depende de los periodos de ejecución. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 18.

61 Solo se podrán producir periodos de inactividad como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones, por lo que no se puede dar de baja al trabajador mientras se mantenga la contrata. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 18.

actividad ordinaria de la empresa<sup>62</sup>. En ese caso el periodo de inactividad entre contrata o subcontratas será como máximo de tres meses, salvo que por convenio colectivo se especifique otra cosa. La reconducción del trabajo en contrata a la modalidad del contrato fijo-discontinuo se puede valorar como positiva, a la espera de su evolución y ejecución práctica, ya que la previsión es que mejore la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas. Si bien, este cambio desvirtúa la naturaleza clásica del contrato fijo-discontinuo previsto para atender necesidades cíclicas, por lo que se amplía su ámbito de aplicación a supuestos que no se reiteran estacionalmente y cuya prestación ni siquiera se presenta como cierta, diseñando una nueva causalidad para esta modalidad de contrato indefinido. Esta reconducción ha supuesto un cambio significativo en el marco de la descentralización productiva, concretamente en el trabajo prestado en contrata, que ya se anticipó en la doctrina judicial del Tribunal Supremo<sup>63</sup> y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>64</sup>, que habían estrechado su margen de aplicación<sup>65</sup>. Muy probablemente el origen de la eliminación del contrato de obra se puede encontrar en ese criterio jurisprudencial, con la intención de conseguir reducir las elevadas tasas de temporalidad. No obstante, hay que tener en cuenta que este cambio en el uso del contrato fijo-discontinuo para asignar a la persona trabajadora a distintas y sucesivas subcontratas puede suponer un cambio en las condiciones laborales que pueden variar en función de la contrata. En caso de que esos cambios fuesen de entidad suficiente, podría surgir la duda de si podrían conllevar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con derecho del trabajador a una extinción indemnizada del contrato. Si esto fuese así y se pudiese recurrir al procedimiento del art. 41 del ET sobre modificaciones sustanciales, cada vez que al trabajador se le asigne una nueva contrata, podría suponer un gran obstáculo a la gestión de la plantilla por parte de la empresa para poder atender los contratos celebrados con los clientes, sobre todo en los servicios prestados durante cortos periodos de tiempo y sometidos a gran movilidad<sup>66</sup>. Por lo tanto, siguiendo la lógica que prevé el precepto y teniendo

62 STS de 29 diciembre 2020 (rec. 240/18).

63 La STS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/18) rechazó la vinculación de los contratos temporales con la duración de la contrata, limitando el uso que se estaba efectuando hasta el momento del contrato de obra o servicio para la ejecución de contratas. El razonamiento se basa en que en muchas ocasiones el objeto de la contrata es la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa. Posteriormente, en el mismo sentido, la STS de 2 de febrero de 2021, afirma que corresponde a la empresa la carga de probar “la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudieran 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”.

64 La STJUE de 24 de junio de 2021, EV contra Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, asunto C-550/19, declaró contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada el encajamiento de contratos fijos de obra. E incluso el TJUE alertó que el art. 24 del convenio colectivo sectorial entrañaba un riesgo real de provocar un uso abusivo de los contratos fijos de obra utilizados en España. ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, pp. 47-52.

65 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39-56.

66 Por ejemplo, si en los casos de empresas que se dediquen a prestar a otras empresas servicios de corta duración de apoyo a eventos o congresos, se recurriese al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de

en cuenta que se trata de puestas a disposición diferentes, no parece que se trate de una modificación sustancial. La solución contraria, consistiría en permitir la libre asignación de personas trabajadoras a las diversas contratas, lo cual supondría una disposición plena, desproporcionada e inasumible de los trabajadores a las necesidades empresariales. Por todo ello, considero que será fundamental el papel de la negociación colectiva para establecer los límites necesarios para garantizar los derechos de los trabajadores. Por último, en relación con la contratación fija–discontinua vinculada a contratas, hay que tener presente que los periodos de inactividad no son cíclicos porque dependen de la voluntad de los clientes, por lo que “solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”<sup>67</sup>, con un plazo máximo, en defecto de previsión convencional, de tres meses. El art. 16.4 del ET establece que una vez que se cumpla ese plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales que procedan sin indicar cuáles son, pero claramente se refiere al despido objetivo, ERE, ERTE, suspensión del contrato, en el momento que la empresa no consiga otra contrata para recolocar a sus trabajadores fijos–discontinuos<sup>68</sup>.

De todas formas, es necesario tener presente que uno de los objetivos de la reforma laboral llevada a cabo mediante el RDL 32/2021 es la equiparación de las condiciones laborales de las personas trabajadoras subcontratadas e impedir que se utilice la externalización de servicios como un instrumento de reducción de costes y estándares laborales<sup>69</sup>.

También entran en el ámbito del objeto de esta modalidad contractual el trabajo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el art. 10.3 de la LETT<sup>70</sup>. Es decir, se autoriza a las empresas de trabajo temporal a hacer contratos fijos–discontinuos a sus trabajadores con la finalidad de cederlos a empresas usuarias. Es necesario tener en cuenta que esta modalidad contractual también se podrá utilizar para el personal laboral de la Administración Pública, cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines encomendados, previa expresa acreditación y con sujeción a los límites establecidos por las tasas de reposición<sup>71</sup>.



trabajo podría resultar “una severa limitación a la capacidad organizativa empresarial”. DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral...” *op. cit.*

67 Art. 16.4 del ET.

68 RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J. “La nueva regulación de los fijos discontinuos en la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, núm. 10034, Sección Tribuna, marzo 2022, Wolters Kluwer, p. 5. Versión digital (La Ley 2166/2022).

69 DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral...” *op. cit.*, p. 9.

70 La Disposición Final Primera del RDL 32/2021 ha modificado el art. 10.3 de la LETT, estableciendo la opción de que las ETTs puedan celebrar contratos de trabajo fijo–discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a las necesidades temporales de diversas empresas usuarias, como indica el art. 15 del ET, coincidiendo el periodo de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos.

71 Disposición Adicional 4ª del RDL 32/2021, modificada por el art. 4.2 RDL 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, en la que se indica que “si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa



El TS se había manifestado en contra de la posibilidad de utilizar el contrato fijo-discontinuo en el contexto de las ETT<sup>72</sup>. Sin embargo, tras la reforma, cuando se entienda que la actividad prestada por la ETT sea susceptible de experimentar una necesidad productiva periódica, se podrá celebrar un contrato fijo-discontinuo. Por lo tanto, un trabajador fijo-discontinuo puede enlazar el cumplimiento sucesivo de distintos contratos de puesta a disposición, pero ello no exime, como de forma explícita establece el nuevo art. 10.3 LETT, de que el contrato de puesta a disposición esté sujeto a las causas de temporalidad descritas en el art. 15 ET<sup>73</sup>. En este sentido, el uso de la modalidad contractual fija-discontinua implica un vínculo del trabajador con la ETT que pasa a regirse por una puesta a disposición intermitente, pero continuada en el tiempo. Es decir, el vínculo de la ETT con el trabajador es fijo-discontinuo, pero la puesta a disposición es temporal<sup>74</sup>.

Llegados a este punto, hay que tener en cuenta que, en la contratación de trabajadores indefinidos comunes, los periodos de inactividad corren a cargo de la ETT que debe abonar su salario<sup>75</sup>, mientras que los periodos de inactividad de los trabajadores fijos-discontinuos estarían cubiertos por la prestación de desempleo. No obstante, “la conveniencia de impedir la eventual utilización fraudulenta de esta forma de contratación y/o la conveniencia de limitar el margen de actuación que deban tener las ETT en su labor de intermediación en la contratación temporal es una cuestión que compete al legislador”<sup>76</sup>.

El art. 267.1 d) de la LGSS reconoce a los trabajadores fijos-discontinuos el derecho a solicitar prestaciones por desempleo en los periodos de inactividad, siempre y cuando

.....  
de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública”. El motivo podía ser que el legislador era consciente de que el mismo problema de temporalidad ilícita asociado al contrato de obra en el ámbito privado también lo era en el sector público y, añade, si cabe, más complejidad vinculada a las tasas de reposición). BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RDLey 32/2021)”. *Blog una mirada crítica a las relaciones laborales*, publicado el 4 de enero de 2022. <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>.

72 La STS de 30 de julio de 2020 (rec. 728/2020) señalaba la imposibilidad de contratar trabajadores fijos-discontinuos por una ETT, al no tener una necesidad productiva de las que autorizan su uso. La valoración que hace el TS es que la actividad de la ETT, consistente en poner a disposición de la empresa usuaria trabajadores temporales, es de naturaleza permanente y no es una actividad cíclica. Por ello, afirmaba que únicamente se habilitaba la contratación bajo el prisma de que se tratase de un vínculo de duración determinada, situación que no ocurría en las actividades cíclicas, por lo que rechazó la posibilidad de que las ETTs pudiesen suscribir contratos en la modalidad contractual de fijo-discontinuo. Si bien, la STS tiene un voto particular que considera que las ETTs pueden tener una necesidad fija y periódica de mano de obra.

73 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo...” *op. cit.*

74 SÁNCHEZ QUIÑONES, L., “Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4. Edición digital (BIB 2022/907).

75 No solo en el contexto de ETTs, sino que en los periodos de inactividad entre las campañas de los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida que concentran su trabajo, no se permite el acceso a la protección por desempleo. El motivo es la inexistencia de causa de extinción o suspensión del contrato. Sin embargo, los trabajadores con contratos fijos-discontinuos pueden acceder a la prestación por desempleo. RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con jornada concentrada, durante el periodo de inactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249, Aranzadi, 2022. Versión digital (BIB 2022/226).

76 VIQUEIRA PÉREZ, C., “¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2020, p. 8.

reúnan los requisitos establecidos al efecto. Se protege a los trabajadores fijos–discontinuos en los periodos de inactividad, en los que técnicamente no hay pérdida de empleo. Concretamente, la Disposición Final 6ª del RDL 32/2021 permite el acceso de estos trabajadores a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social.

Por un lado, se lleva a cabo la eliminación del fijo–periódico del anterior art. 12.3 del ET, que supone su *divorcio* con el trabajo a tiempo parcial. **El RDL 32/2021 ha unificado en una sola modalidad todo el trabajo cíclico, ya que la distinción anterior ha sido calificada por parte de la doctrina como “artificiosa, irrelevante y carente de utilidad práctica”<sup>77</sup>**, provocando “disfuncionalidades importantes en la propia concepción de una y otra figura y en la correcta delimitación de los regímenes jurídicos a aplicar”<sup>78</sup>, al ser trabajos con la misma naturaleza y reiteración cíclica. La nueva regulación no sólo elimina esas diferencias, sino que extiende su ámbito de aplicación al no limitarlo a las actividades estacionales, con la intención de convertirlo en un instrumento que coadyuve a atajar la temporalidad, dando cobertura a los anteriores contratos de obra y permitiendo su uso por empresas de trabajo temporal<sup>79</sup>. De esta forma se permite que el trabajo temporal sea atendido por trabajadores fijos–discontinuos “de modo que la anterior interrupción de actividades por finalización de los trabajos de cada campaña es sustituida por los periodos de inactividad, entendidos como plazos de espera de recolocación en caso de sucesión de subcontrataciones o plazos de espera entre la conclusión de un contrato de puesta a disposición y el inicio del siguiente”<sup>80</sup>.

Por otro lado, al tratarse de un contrato fijo–discontinuo son muy importantes las reglas más estrictas en cuanto al llamamiento, en las que se hace una remisión amplia y abundante al convenio colectivo o al acuerdo de empresa. Sin embargo, no se establece un criterio legal que discipline el orden de llamamiento en defecto de convenio colectivo, por lo que sería recomendable establecer un criterio subsidiario ante la ausencia de pacto en convenio. Así como que se desarrollasen reglamentariamente algunos aspectos esenciales de deslinde frente a otras modalidades contractuales<sup>81</sup>, las preferencias de ocupación

.....

77 GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica”, *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, p. 97.

78 VALVERDE ASENCIO, A.J., *Determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13 y ss.

79 MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 5.

80 GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, enero, 2022, p.2.

81 Existen espacios de intersección entre modalidades contractuales, pero la reforma parece reconducir el tiempo parcial sobre la base anual al terreno fijo–discontinuo. Aunque la permanencia del art. 12.1 del ET parece indicar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual. GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 63.

para actividades temporales intercampañas<sup>82</sup>, o los supuestos en que debe ser preceptiva la suspensión colectiva de los contratos fijo–discontinuos por falta de llamamiento<sup>83</sup>. En relación con el llamamiento de los trabajadores fijos–discontinuos en el caso de contratas, existe una nueva expectativa a ser llamados para trabajar en nuevas contratas, lo que favorece el mantenimiento del vínculo laboral y, por tanto, del empleo. No obstante, hay que destacar que el art. 16.3 del ET contiene una imprecisión al referirse a que el llamamiento se deberá realizar con una antelación adecuada, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede generar inseguridad jurídica<sup>84</sup>.

Se introduce la posibilidad de que mediante convenios colectivos de ámbito sectorial se creen bolsas sectoriales de empleo para personas fijas–discontinuas durante períodos de inactividad, que se establezca un periodo mínimo de llamamiento anual y que se fije una cuantía mínima por fin de campaña<sup>85</sup>. Es decir, una indemnización por fin de llamamiento cuando se corresponda con el fin de la actividad y no se produzca un nuevo llamamiento sin solución de continuidad. Aunque no queda claro si la indemnización constituye una mejora o es adicional a la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET<sup>86</sup>. En el mismo sentido se instaura la garantía de formación profesional continua, en la que se considera como colectivo prioritario a los trabajadores fijos–discontinuos en las acciones de formación durante sus períodos de inactividad, como iniciativa de formación para el empleo. A través de la negociación colectiva también se permite la posibilidad de suscribir contratos fijos–discontinuos a tiempo parcial, cuando el convenio colectivo sectorial lo autorice, previo examen de las circunstancias concurrentes en el sector. Hay que tener en cuenta que el art. 16.2 del ET sobre la nueva regulación unificada de la modalidad contractual fija–discontinua se elimina la prohibición de llevar a cabo la contratación formativa a tiempo parcial, en coherencia con las modificaciones introducidas en el art. 11 del ET para el nuevo contrato de formación en alternancia.

Por último, la negociación colectiva también tiene la posibilidad, que tal vez hubiera debido ser preceptiva, de establecer la obligación de la empresa de elaborar un censo anual de personas contratadas bajo esta modalidad, lo que supone un mayor control antifraude. Siguiendo esa línea, para dotar de estabilidad y mayor seguridad jurídica a la contrata-

82 VALVERDE ASENCIO, A.J., *Determinación del periodo de actividad...* *op. cit.*, p. 143–144.

83 GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo. Retos...” *op. cit.*, p. 96.

84 LÓPEZ BERMEJO, O., “Contrato fijo–discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, marzo 2022, p. 47.

85 Resulta injustificado que un convenio de empresa o un acuerdo informal no puedan establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía mínima por fin de llamamiento, ya que son derechos legalmente inexistentes y, a falta de regulación sectorial, su establecimiento podría estar amparado por el principio de norma mínima. GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 61.

86 El art. 49.1 c) del ET establece que a la “finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio”.

ción fija–discontinua, se establece la obligación de información a la representación legal de los trabajadores sobre la existencia de vacantes de puestos ordinarios indefinidos para solicitudes de conversión por los procedimientos que exprese el convenio colectivo o el acuerdo de empresa. Además, se establece el cómputo de la antigüedad en atención a la duración efectiva de toda la relación laboral y no solo el tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo condiciones que, de acuerdo con su naturaleza, exijan otro tratamiento, y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

## 8. CONCLUSIONES

**E**l RDL 32/2021 lleva a cabo una serie de cambios relacionados con las modalidades contractuales que se centran principalmente en los contratos temporales. En este sentido, se modifica el art. 15 del ET en relación con el contrato por circunstancias de la producción que ahora presenta dos modalidades en función de que concurren incrementos ocasionales imprevisibles o previsibles, en el que se incluirán expresamente los supuestos para cubrir ausencias por vacaciones de otros trabajadores. Asimismo, se unifican y reconstruyen los antiguos contratos para la formación y el de prácticas en un solo contrato denominado formativo, aunque será necesario esperar a la previsible aprobación del estatuto del becario para poder valorar su verdadero alcance. Hay que destacar que no cabe periodo de prueba en el contrato en alternancia y se reduce a un mes en el contrato en prácticas. Sin embargo, siguiendo el argumento basado en el objeto formativo y no productivo, hubiese sido mejor eliminar el periodo de prueba en ambos casos. También se reemplaza y deroga el anterior contrato de interinidad por un contrato de sustitución, que se podrá celebrar para sustituir personas durante la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, para cubrir una jornada reducida por causa legal o convencional y para cubrir vacantes durante los procesos selectivos. Como novedad más importante y que valoro de forma positiva para llevar a cabo una transición más efectiva, hay que destacar la posibilidad de coexistencia durante un periodo de tiempo que no puede exceder de 15 días naturales, de la persona sustituida y de aquella que la sustituye. No obstante, desde el punto de vista crítico, considero que se ha desaprovechado la ocasión para reconocer en el art. 49.1 c) del ET el derecho a indemnización del contrato por sustitución. En este orden de consideraciones, aparece un nuevo contrato indefinido adscrito a obra vinculado a obras de la construcción, con el que parece más probable que se cumplan las exigencias del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. En esta nueva modalidad

contractual, cuando finalice la obra la empresa estará obligada a ofrecer una propuesta de recolocación al trabajador, previo desarrollo, si fuese necesario, de un proceso de formación a cargo de la empresa.

Se establece un régimen transitorio, porque la reforma de las modalidades contractuales de los arts. 15 y 16 del ET no entró en vigor hasta los tres meses después de la entrada en vigor del RDL 32/2021, es decir, el 30 de marzo de 2022.

Por un lado, se incrementan las exigencias para encadenar contratos temporales reduciendo de 30 a 24 meses el marco temporal de concatenaciones contractuales y de 24 a 18 el número máximo de meses para su conversión en fijo, independientemente de que la conducta empresarial sea fraudulenta.

Por otro lado, se produce un encarecimiento de la cotización a la Seguridad Social en el caso de la contratación temporal, estableciendo una penalización lineal que presenta una especial incidencia en los contratos de corta duración. Además, se endurece el régimen sancionador y se establece una infracción por cada persona trabajadora, por lo que se multiplica el efecto disuasorio de las infracciones administrativas que se individualizan.

La intención del legislador ha sido reducir las elevadas cifras de contratación temporal e intentar reconducir ese flujo de contratación hacia la figura del contrato fijo–discontinuo que adquiere mayor protagonismo. Hay que destacar que el RDL 32/2021 permite ahora el uso del contrato fijo–discontinuo por parte de las ETT, por lo que deberá cambiar el criterio que venía siguiendo la jurisprudencia. Asimismo, será necesario crear un entorno adecuado para que las ETT apuesten por esta modalidad contractual como medio de contratación usual y consigan incrementar las tasas reales de ocupación y el volumen de ingresos de los trabajadores puestos a disposición. Además, se permite la posibilidad de vincular el uso del contrato fijo–discontinuo en el ámbito de las contratadas y subcontratadas. Por lo que será necesario evitar que se utilice el contrato fijo–discontinuo para las contrataciones de periodos reducidos con periodos de inactividad muy grandes que podrían motivar que el flujo de ingresos fuese similar a los de la contratación temporal.

En definitiva, **los cambios globales introducidos por el RDL 32/2021 deben ser valorados positivamente, ya que se mejoran algunos derechos sobre la estabilidad en el empleo y se fortalece y potencia el papel de la negociación colectiva.** En este sentido, cuando el convenio colectivo sectorial lo autorice se permite la posibilidad de suscribir contratos fijos–discontinuos a tiempo parcial y se contempla la posibilidad, que debería haber sido preceptiva, de establecer la obligación a la empresa de elaborar un censo anual de personas contratadas bajo esta modalidad. Asimismo, mediante la negociación colectiva se puede extender la duración de los contratos por circunstancias de la producción de seis meses a un año. Con respecto al contrato de sustitución, mediante la negociación colectiva se puede reducir la duración máxima del contrato que no puede resultar superior a

tres meses en el ámbito privado. Además, la negociación colectiva podrá establecer planes de reducción de la temporalidad, compromisos para conseguir disminuir los índices de temporalidad con porcentajes máximos en relación con el total de la plantilla y podrá establecer criterios objetivos para la conversión de los contratos temporales en indefinidos<sup>87</sup>. En definitiva, esta reforma no establece por norma un porcentaje máximo de contratos temporales, pero sí reafirma el papel de negociación colectiva para conseguir reducir y controlar esa temporalidad. En enero del año 2025 el Gobierno efectuará una evaluación de la tasa de temporalidad general y por sectores, que se repetirá cada dos años para hacer un seguimiento y, si fuese necesario, elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales<sup>88</sup>.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021)”. *Blog una mirada crítica a las relaciones laborales, publicado el 4 de enero de 2022*. <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>.
- CABERO MORÁN, E., “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, abril, 2022, Wolters Kluwer. Versión digital (La Ley 2554/2022).
- CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis”, *Revista Derecho Social*, núm. 98, 2022, pp. 39–56.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, Wolters Kluwer, 2022. Versión digital (La Ley 2555/2022).

87 Los datos del Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del año 2019 indican que solamente el 10,96% de los convenios registrados incorpora alguna cláusula de mejora en relación con la conversión de contratos temporales en indefinidos.

88 Disposición adicional vigesimocuarta sobre el compromiso de reducción de la tasa de temporalidad del RDL 32/2021.

- FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2022 (BIB 2022/2).
- FERNÁNDEZ NIETO, L.A., “La presunción de indefinición del contrato de trabajo y sus excepciones en el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, *Diario La Ley*, núm. 10060, Sección Dossier, Wolters Kluwer, mayo 2022. Versión digital (La Ley 4174/2022).
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, enero, 2022.
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica”, *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017.
- GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022.
- GOERLICH PESET, J.M., “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral tras el Real Decreto–ley 32/2021”, *Labos*, vol. 3, 2022.
- LÓPEZ BERMEJO, O., “Contrato fijo–discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, marzo 2022.
- MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup> R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022. Versión digital (BIB 2022/1136).
- NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022.
- PALOMA SAURINA, P., “Aspectos relevantes del trabajo fijo discontinuo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”.
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con jornada concentrada, durante el periodo de inactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249, Aranzadi, 2022. Versión digital (BIB 2022/226).
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J. “La nueva regulación de los fijos discontinuos en la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, núm. 10034, Sección Tribuna, marzo 2022, Wolters Kluwer. Versión digital (La Ley 2166/2022).

ROJO TORRECILLA, E., Blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2022-01-05T12:09:00%2B01:00&max-results=5&reverse-paginate=true>.

SÁNCHEZ QUIÑONES, L., “Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4. Edición digital (BIB 2022/907).

VALVERDE ASECIO, A.J., *Determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VIQUEIRA PÉREZ, C., “¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2020.