



Diez puntos críticos en el régimen de la contratación temporal y fija discontinua tras la entrada en vigor del RDL 32/2021

TEN INTERPRETIVE DIFFICULTIES IN THE DISCONTINUOUS TEMPORARY AND FIXED CONTRACTING REGIME AFTER PROMULGATION OF RDL 32/2021

Francisco Vigo Serralvo

Profesor Ayudante Doctor de-Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fvs@uma.es  0000-0003-0437-1565

Recibido: 19.04.2022 | Aceptado: 09.05.2022

RESUMEN

Exponemos en este comentario algunas dudas interpretativas que suscita la nueva regulación de la contratación eventual y fija-discontinua operada por el RDL 32/2021. Más allá de la legitimidad de los objetivos perseguidos por la norma, que no se cuestiona, depositamos nuestra atención en algunos pasajes de esta que, por construirse sobre conceptos jurídicos indeterminados, compromete la seguridad jurídica en su aplicación práctica. Sobre todo, resaltaremos a la dificultad que entraña la determinación de las realidades fácticas abarcadas por cada una de las nuevas –o reformuladas– categorías contractuales. Además de estas dudas interpretativas, identificaremos algunos aspectos de la reforma que, aunque admiten una lectura pacífica, podrían ser problemáticos: bien sea por su difícil fiscalización administrativa o por la posible colisión con la normativa comunitaria en materia de empleo temporal.

ABSTRACT

In this commentary, we expose some interpretative doubts raised by the new regulation of temporary contracting and fixed discontinuous operations by RDL 32/2021. With independence of the legitimacy of the objectives pursued by the norm, which is not questioned, we focus our attention on some passages of it that, because it is built on indeterminate legal concepts, compromises legal certainty in its empirical application. In addition to these interpretative doubts, we will identify some aspects of the reform that, although they admit a peaceful reading, could be problematic, either because of their difficult application or because of the possible collision with the community regulations on temporary employment.

PALABRAS CLAVE

Contratación temporal
Fijo-discontinuo
RDL 32/2021
Reforma laboral
Interpretación

KEYWORDS

Temporary hiring
Fixed-discontinuous
RDL 32/2021
Labor reform
Interpretation

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SOBRE EL IGNOTO CONCEPTO DE *OSCILACIONES* (ART. 15.2 ET)
- III. ALGUNOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL NUEVO ARTÍCULO 15.2 ET
- IV. SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN (ART. 15. 4 ET)
- V. BREVE NOTA SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ART. 15.4 ET)
- VI. SOBRE LA CONCATENACIÓN DE CONTRATOS EN UN MISMO PUESTO DE TRABAJO (ART. 15.5 PÁRR. 2º)
- VII. SOBRE LA ACAUSALIDAD DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)
- VIII. SOBRE LA DURACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN EL NUEVO CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)
- IX. SOBRE LA SUPERVIVENCIA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL (ARTS. 12.1 Y 16.1 ET)
- X. SOBRE LAS CONDICIONES DE LOS FIJOS-DISCONTINUOS QUE SE CALCULARÁN CON BASE EN SU ANTIGÜEDAD REAL (ART. 16.6 PÁRR. 2º)
- XI. SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS (DT 5ª RDL 32/2021)
- XII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Pasados ya los primeros meses desde la entrada en vigor 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, su articulado todavía arroja algunas dudas interpretativas que comprometen su aplicabilidad. No cuestionamos aquí los objetivos anunciados en la norma, que nos parecen, sin duda, legítimos. Tampoco desconocemos que este texto normativo no cuenta aún con el mismo desarrollo reglamentario y el mismo tratamiento jurisprudencial con el que contaba la legislación que deroga, por lo que intuimos que buena parte de estas dudas que exponemos se solventarán andando el tiempo. Dicho lo anterior, no es menos cierto que la precitada norma, acaso para lograr el pretendido respaldo de consenso con el que se aprobó, se construye sobre algunos conceptos indeterminados. Más allá de las especulaciones doctrinales que se han sucedido tras la publicación de la norma, la lectura más apremiante de esta será la que acometen los graduados sociales o asesores laborales que dirigen la gestión ordinaria de las relaciones de trabajo, quienes no podrán ejecutar esta labor con una seguridad jurídica plena. En esta primera fase interpretativa de la norma, estimamos que la función que nos corresponde a los académicos es la de ofrecer soluciones interpretativas a las disposiciones que así lo permitan, pero también nos compete identificar aquellos puntos más críticos de la norma, los que no admiten una interpretación pacífica, acaso para concretar los aspectos sobre los que debería centrarse una segunda fase interpretativa, de solución jurisprudencial o de desarrollo normativo. Por supuesto, ese objetivo no se

conseguirá con este comentario, pero quiere contribuir al mismo: Nos proponemos señalar algunas disposiciones de la norma que estimamos singularmente problemáticas si reparamos en su aplicación, bien sea por la pluralidad de interpretaciones que admiten, bien sea por la dificultad que entraña su implementación empírica.

Con esa intención, focalizamos nuestra atención sobre el nuevo régimen jurídico de la contratación por circunstancias de la producción y la contratación fija-discontinua. Esta selección obedece a varias razones: 1) La primera, la vastísima extensión que exigiría un análisis omnicomprendivo de la reforma; 2) en segundo término, pensamos que las principales dudas interpretativas, al menos las más difíciles de sortear, se concentran precisamente en aquella parcela normativa; 3) por último, opinamos que las dudas que suscita esta nueva regulación son más apremiantes que el resto, en la medida que necesitan resolverse con anterioridad a cualquier litigiosidad: en la gestión ordinaria de las relaciones laborales y, concretamente, en el momento genético de cada relación laboral perfeccionada a partir de la entrada en vigor de la reforma. En nuestro trabajo nos limitaremos a señalar los aspectos que estimamos más conflictivos dentro de este régimen de contratación, sin abordar un análisis más completo y descriptivo de los cambios que ha experimentado. Esta relación de puntos críticos, además, no quiere ser exhaustiva. La riquísima casuística que caracteriza la gestión de las relaciones laborales impide prever las distintas fricciones interpretativas que suscitará la aplicación de la norma. Aquí solo expondremos algunas preocupaciones suscitadas a través de una primera exégesis de esta, la lectura de las primeras aportaciones doctrinales al respecto y, en especial medida, el intercambio informal de opiniones con otros operadores jurídico-laborales.

Por último, confesamos desde el comienzo que no ofreceremos una solución a las distintas dudas interpretativas que aquí se enumeran. Como dijimos, precisamente hemos querido identificar aquellos apartados de la norma para los que no vemos una lectura clara, los que nos parecen más carentes de posibilidades de interpretación. Ocasionalmente, nos atreveremos a ofrecer una posibilidad de respuesta, aunque advertiremos que será siempre hipotética, precaria, y, en según qué casos, algo voluntariosa.

II. SOBRE EL IGNOTO CONCEPTO DE OSCILACIONES (ART. 15.2 ET)

Una de las dudas interpretativas que más ha señalado la doctrina científica es la que se refiere al significado de la expresión “oscilaciones” que aparece en el reformulado artículo 15.2 ET¹. Como es sabido, ese precepto nos indica cuáles son las circunstancias

1. La mayoría de los pronunciamientos doctrinales habidos hasta la fecha han reparado en esa dificultad interpretativa. Por todos: Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022, p. 49. Ballester Pastor, I.: “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, p. 117. Ramos Moragues F. y López Balaguer, M.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 73-75; de la Puebla Pinilla, A.: “El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, una reforma laboral cargada de futuro”, *IUSLabor*, núm. 1, 2022, p. 6.; Calvo

de la producción que habilitan la contratación temporal en el nuevo marco contractual. Concretamente, afirma que se entenderán como tales: “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”, siempre que tales necesidades de personal no se repitan en el tiempo y nos encontremos, por tanto, ante una casuística que exija acudir a la contratación fija discontinua (a ella nos referiremos *infra*). Pues bien, a nuestro modo de ver, lo más problemático de esta dicción literal es el uso de la conjunción copulativa “y”, pues nos hace suponer que se nos presentan dos situaciones habilitantes que son alternativas: 1) el incremento ocasional e imprevisible de la actividad, de un lado, “y” 2) las oscilaciones, de otro. Si así fuese, resulta que el adjetivo “imprevisible” solo se aplica a la primera de dichas alternativas, al “incremento ocasional”, lo que, *a sensu contrario*, nos lleva a concluir que la segunda de ellas, las oscilaciones, pueden ser imprevisibles, pero también previsibles². Esta conclusión queda abonada por lo dispuesto en el siguiente párrafo de esta misma disposición, cuando se afirma que la cobertura de vacaciones, necesidad previsible donde las haya, será una de las oscilaciones que justificarían el recurso al contrato por circunstancias de la producción.

Esta lectura, la que afirma que las oscilaciones del artículo 15.2 ET pueden ser tanto previsibles como imprevisibles, resulta conflictiva con lo dispuesto en el párrafo cuarto de este mismo artículo 15.2. Como es sabido, en este otro párrafo se contempla una submodalidad contractual específica, para la atención de “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”. Esta otra casuística habilitará la contratación temporal por circunstancias de la producción, pero a diferencia del régimen ordinario del párrafo primero, solo durante un máximo de noventa días en el año natural, con independencia de los trabajadores que sean contratados durante esos noventa días.

Tomando en consideración lo estipulado en este otro párrafo, existen dudas sobre el encaje jurídico que debería tener una necesidad de personal en la que concurra la nota de previsibilidad: a) si bajo el concepto de oscilaciones del artículo 15.2 párrafo 1, con una duración máxima de 6 meses (ampliable por convenio colectivo hasta los 12); b) o bajo el régimen de las necesidades previsibles previstas en el párr. 4º de ese mismo precepto, limitada a noventa días (sin posibilidad de ampliación convencional). Buena parte de la doctrina se ha decantado por esta segunda opción, indicando que este régimen específico es el que debe acoger todas las contrataciones laborales para la cobertura de necesidades previsibles³. De ese modo, podría dictaminarse que la cobertura de las oscilaciones quedaría sujeta a un doble régimen, en función de su previsibilidad: si se trata de una oscilación imprevisible, será aplicable lo dispuesto en

Gallego, F. J.: “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022, p. 117.

2. En sentido contrario, afirmando que las oscilaciones solo se refieren a necesidades imprevisibles: López Ramos Moragues F. y López Balaguer, M.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, ob. cit., p 75.

3. Por todos, Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, p. 26.

el artículo 15.2 párrafo 1º, mientras que, si se trata una oscilación previsible, quedará sujeta al más estricto régimen establecido en el artículo 15.2 párrafo 4º.

Particularmente nos separamos de dicha interpretación. Y es que, si observamos la literalidad del precepto, el artículo 15, tras enunciarnos en el párrafo primero dos causas que habilitan la contratación temporal –el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones–, añade un párrafo cuarto que se abre con el nexo “igualmente”, lo que denota que la modalidad que allí se menciona es alternativa a las dos anteriores. Repárese además en que la necesidad que se menciona en el párrafo cuarto no solo aparece caracterizada por la previsibilidad, que, según dijimos, también podría darse en las oscilaciones del párrafo segundo, sino que junto con esta nota debe concurrir la ocasionalidad y la duración reducida de la contratación. Por eso, sostendremos, más bien, que la aplicación de un régimen u otro, el del párrafo segundo o el del cuarto, va a venir condicionada por la duración de la necesidad: aquellas duraciones puntuales y de corta duración quedarán sujetas al más estricto régimen del párrafo cuarto, mientras que aquellas contrataciones más prolongadas, quedarán regladas por lo dispuesto en el párrafo primero. De esta forma, según esta interpretación, el Legislador estaría imponiendo un trato más desfavorable a las contrataciones de muy corta duración⁴, lo cual es coherente con el espíritu de la reforma expresado en la exposición de motivos y con otras disposiciones de la misma, como la cotización adicional que se prevé en el reformulado artículo 151 LGSS para las contrataciones inferiores a 30 días –repárese, sin embargo, en que esta cotización adicional se aplica a todo tipo de contrataciones de corta duración, previsibles o no, mientras que el régimen contractual limitado a los 90 días se aplica solo sobre las contrataciones reducidas y *previsibles*–. En cualquier caso, sigue siendo imposible dilucidar qué debe entenderse a tales efectos por *corta duración*, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la Seguridad Social, aquí no se ha estipulado ningún lapso temporal que lo acote. A ello nos referiremos en el siguiente punto de nuestra exposición. Por el momento, a modo de recapitulación, expondremos de forma esquemática las distintas alternativas contractuales que identificamos en función de las circunstancias de la producción concurrentes en una determinada prestación de servicios.

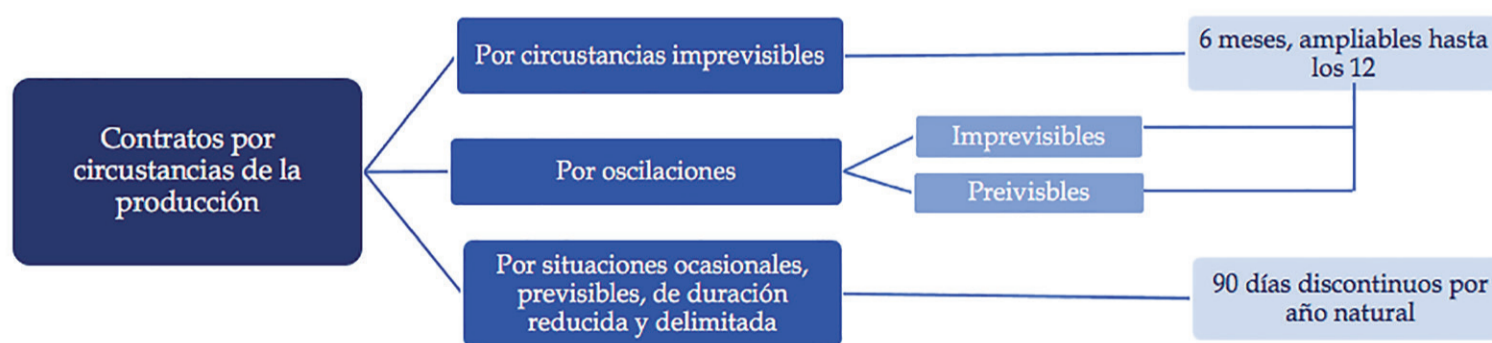


Gráfico 1. Esquema sobre la contratación por circunstancias de la producción. Fuente: Elaboración propia

4. Lo contrario, afirmar que todas las necesidades previsibles deben ser cubiertas con el régimen del párrafo 4º implicaría concluir que el Legislador ha querido sancionar, imponiendo un régimen más estricto, la previsibilidad de la situación, sin embargo, es difícil intuir qué voluntad política subyacería detrás de esa opción legislativa que penaliza al previsibilidad o certidumbre en la necesidad de personal.

II. ALGUNOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL NUEVO ARTÍCULO 15.2 ET

Para dilucidar el significado del concepto oscilaciones, y delimitar la circunstancia fáctica a la que alude, resulta imprescindible complementar el párrafo primero del nuevo art. 15.2 ET con lo dispuesto en el párrafo cuarto de esa disposición. Como decíamos, allí encontramos lo que aparentemente es una submodalidad específica del contrato por circunstancias de la producción: solo resolviendo el alcance de esta submodalidad podremos comprender, por defecto, el ámbito del contrato por circunstancias de la producción genérico u ordinario. La complejidad de esta operación deriva de la propia literalidad de ese párrafo cuarto, que acoge algunos conceptos sumamente imprecisos⁵. Observemos su redacción, en la que marcamos en cursivas las expresiones a las que nos referimos:

Igualmente, las empresas podrán formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones *ocasionales, previsibles* y que tengan una *duración reducida y delimitada* en los términos previstos en este párrafo. Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera *continuada*.

Sin seguir el orden en el que aparecen expuestas, el primer giro sobre el que llamamos la atención es el de *duración reducida*. Su aclaración resulta crucial, pues según la interpretación que exponíamos más arriba, será esta nota la que condicionará el recurso a esta submodalidad o, por el contrario, a la contratación por oscilaciones genérica de hasta seis meses de duración. Sin embargo, la norma no da pista alguna sobre lo que debe entenderse por corta duración. En una lectura no poco voluntariosa, podríamos afirmar que tal duración reducida podría equipararse a los treinta días que se han tomado por referente para la imposición del recargo en la cotización según el nuevo artículo 151 LGSS, pero es una analogía un poco forzada que solo se justifica si atendemos a que ambas disposiciones, la que impone esa cotización adicional y la que limita temporalmente las contrataciones de corta duración, obedecen a un mismo objetivo político-legislativo: disuadir las contrataciones muy breves.

Más difícil aún resultará delimitar qué debe entenderse por *previsible*. Esta dificultad trasciende incluso del campo semántico, pues también desde un punto de vista material resultará, en según qué casos, imposible determinar cuándo una determinada necesidad de personal era o no previsible para el empleador. A excepción de aquellos casos en los que la necesidad de personal se exteriorice con algún hecho objetivo y constatable –por ejemplo, porque algunos clientes contratasen a la empresa con

5. La indeterminación de los términos empleados ha sido otra de las denuncias más recurrentes en los primeros comentarios doctrinales. Por todos, vid. Goerlich Peset, J. M.: “La reforma de la contratación laboral”, en De la Puebla Pinilla, A.; Mercader Uguina, J. R.; Goerlich Peset, J. M.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 42.

antelación un servicio puntual- no se podrá comprobar y fiscalizar la previsibilidad de una necesidad. Para exponer esto permítasenos acudir a una ejemplificación rudimentaria: imagínese que el propietario de una finca agrícola pretende el año próximo ejecutar trabajos de remodelación en su finca para cambiar el sistema de cultivo. Esta intención es firme desde hace ya mucho tiempo, pero no se exterioriza hasta que procede a la contratación de los trabajadores necesarios para llevarla a cabo, lo cual ocurre algún mes ante de la ejecución del proyecto ¿Era esta necesidad previsible? Para el empleador sí que lo era, pero ¿podría institucionalmente fiscalizarse esa previsibilidad? Pero, es más: ¿qué grado de certeza o previsibilidad se exigirá para calificar una necesidad como previsible? Puede que el empresario barrunte la futura necesidad de personal, incluso que esté casi seguro de que la misma acontecerá, pero en muchos casos esta no será una certeza absoluta hasta su misma materialización. ¿Podríamos entender en este caso que nos encontrábamos ante una necesidad previsible cuando existía esa intuición? Otra cuestión importante para dirimir la concurrencia de esta nota será la fijación del *dies ad quem* que determinará previsibilidad de la necesidad. Es decir, ¿con cuánta antelación debe conocerse la futura necesidad de personal para entender que la misma era previsible? Desde nuestro particular punto de vista, nos atreveríamos a fijar este *dies ad quem* en el inicio del año natural, ya que es este momento el que marca el límite con el que cuenta la empresa para comunicar a la representación legal de los trabajadores las previsiones de utilización de este tipo de contratos (art. 15.2 párr. 2º *in fine* ET). De este modo, las necesidades que hayan podido conocerse antes de dicha fecha, deberán considerarse como preVISIBLES, a diferencia de las que se manifiesten en el transcurso del año. Insistimos en que esta es una lectura voluntariosa -otra más-, tratando de ofrecer alguna respuesta hipotética a las incertidumbres que expresamos, pero no está exenta de disfuncionalidades: según esta posible interpretación, las contrataciones que se efectúen en enero para atender una necesidad prevista con un mes de antelación, en diciembre, responderán a una necesidad previsible; sin embargo, la contratación que se efectúe en noviembre para atender una necesidad prevista desde enero será una circunstancia imprevisible, a pesar de que aquí el lapso temporal que media entre el conocimiento de la necesidad y la contratación efectiva es mucho mayor que en el primer caso.

Por último, para terminar ya con los conceptos indeterminados que alberga esta disposición, tampoco encontramos ningún criterio interpretativo para descifrar cuándo se entenderá que el recurso a esta submodalidad contractual se ha hecho de *manera continuada*, incurriendo así en la prohibición expresada al final del párrafo. Esta duda nos surge, sobre todo, porque somos incapaces de averiguar la finalidad legislativa que justifica esta interdicción. Por ejemplo, si una empresa acude a este tipo de contratos durante ochenta y nueve días consecutivos, y luego, pasado un tiempo, hace una contratación de un solo día ¿habría eludido legítimamente tal prohibición? Estimamos que no, pero esta reducción *ad absurdum* nos ayuda a exponer las dificultades que existen a la hora de ubicar el límite entre este tipo de contratación y el contrato genérico por circunstancias de la producción: ¿Si los noventa días se acumulan en periodos semanales, se habrá utilizado esta contratación de forma continuada? ¿Y

si se hace en periodos de quince días? Si seguimos la secuencia, llegaríamos a preguntarnos si el límite de acumulación es diario, de tal forma que la casuística que justifica este régimen específico del contrato temporal, el del artículo 15.2 párrafo 4º, sería una necesidad diaria. El Legislador, a nuestro modo de ver, no introduce ninguna pista que nos permita adoptar cualquier postura en detrimento de otra. Quizás la resolución de esta última incógnita esté muy ligada a la expresada anteriormente, la que se refería a la incierta limitación de la *duración reducida*: Si resolvemos, por ejemplo, que por corta duración debe entenderse contrataciones inferiores a los treinta días, concluiríamos que la prohibición de usar esos contratos de manera continuada se refiere a la imposibilidad de acudir a ellos durante más de treinta días consecutivos. Advertimos, no obstante, que esta última, como otras tantas respuestas que aquí se han propuesto, es provisional, a falta de otros criterios interpretativos más sólidos.

IV. SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN (ART. 15. 4 ET)

A diferencia de las expuestas hasta ahora, la que abordamos ahora no es una duda interpretativa, aunque sí es una cuestión que estimamos que podría ser problemática: Nos referimos a la opción legislativa que sustituye la antigua presunción de indefinición del contrato en fraude de ley por la obligatoria conversión del contrato en un contrato fijo ante cualquier incumplimiento de las disposiciones del artículo 15 ET. En efecto, vigente el anterior texto normativo, el empresario al que se le imputase una contratación temporal fraudulenta tendría siempre la opción de demostrar que la necesidad para la que se efectuó el contrato era temporal y que, por tanto, el cese contractual del trabajador una vez llegado el fin de dicha necesidad era una decisión legítima. Veamos la redacción del anterior artículo 15.3 ET, que resultará útil a los efectos de cotejo:

Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

Ahora esa presunción desaparece, para establecer una consecuencia fatal, inevitable, en caso de incumplimiento normativo. Veamos la nueva redacción del reubicado artículo 15.4 ET:

Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas.

La problemática que puede suscitar en la práctica esta nueva opción normativa es la imposición de la condición de fijo en cualquier caso, con independencia de la naturaleza de la necesidad empresarial que justificó la contratación y de que esta fuese o no de carácter temporal. Imagínese un supuesto en el que una empresa efectúa una contratación puntual para la cobertura de una necesidad de cinco días –pongamos

por caso, para atender un puesto ambulante en Semana Santa o para cubrir la baja de un trabajador-. Sin embargo, al formalizar esta contratación, se incurre en el incumplimiento de cualesquiera de las estipulaciones del artículo 15, por ejemplo, por no expresar suficientemente en el contrato la vinculación entre la temporalidad de este y la necesidad empresarial (art. 15.1 ET). Bajo el anterior régimen normativo, el empresario tenía la posibilidad de demostrar que su necesidad era puntual y, por tanto, aun en caso de estimarse el fraude de ley, ajustar la contratación al tiempo durante el cual subsistió tal necesidad, en este ejemplo: cinco días. Ahora el contrato se reconvertirá en un contrato fijo ineluctablemente, aunque la necesidad empresarial haya finalizado y el empresario no tenga la posibilidad de brindarle al trabajador ocupación efectiva. La consecuencia parece clara: en tal caso, la empresa se verá abocada a efectuar el despido del trabajador recién reconvertido en fijo, despido que será improcedente y que coincidirá con la extinción del primigenio contrato por circunstancias de la producción o para la sustitución de la persona trabajadora. Sin embargo, el asunto se complica si nos encontramos ante cualquiera de los casos de nulidad objetiva que se estipulan en el artículo 55.5 ET en los que, como es sabido, no cabe la declaración de improcedencia. El empresario en tales casos se verá obligado a la readmisión del trabajador, a pesar de no poder proporcionarle ocupación efectiva o, podría barajarse, discutir la imposibilidad de la readmisión, en cuyo caso la consecuencia no es poco gravosa: abono de los salarios de tramitación hasta el momento de la sentencia más la correspondiente indemnización por despido, calculada ahora hasta la fecha en la que se declare la nulidad de la decisión extintiva (art. 286 LRJS). Aunque tales consecuencias son sin duda coherentes con el espíritu legislativo que buscaba disuadir el recurso fraudulento a la contratación temporal, nos preguntamos si no son excesivamente severas en el caso de algunos incumplimientos puntuales como podría ser el error de forma en el contrato –repárese en que ahora no se sanciona solo el fraude de ley, sino cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, lo que abarca muchas más conductas censurables⁶. Por otro lado, de añadidura y en relación con este mismo asunto, destacamos la incoherencia legislativa que a nuestro modo de ver ocurre al mantenerse la presunción de indefinición para las prestaciones de servicios que se extiendan más allá del tiempo máximo legalmente admitido [art. 49.1.c) párr. 3º ET], al tiempo que impone esta indefinición, sin posibilidad de prueba en contrario, para incumplimientos formales de escasa trascendencia. En realidad, ese exceso en la duración de la prestación de servicios es un incumplimiento de lo dispuesto en el

6. Este cambio ha sido celebrado por parte de la doctrina, ya que disipa las dificultades probatorias que antes incumbían al trabajador a la hora de acreditar la concurrencia de fraude. Por todos, Ballester Pastor, I., expresa: “la conversión del contrato en indefinido exigía una conducta *deliberadamente fraudulenta* y la voluntad de perseguir un resultado prohibido por la norma, cuestión que debía demostrarse en cada caso. Y la carga de la prueba corría a cargo del trabajador, que era a quien le correspondía acreditar la naturaleza temporal de sus servicios. Ello dificultaba – en teoría– la defensa del trabajador, pues este debía probar esa intencionalidad defraudadora de su empleador, único modo de conseguir que la contratación se considerase indefinida, aunque en tal caso debiera aportar él mismo pruebas en contra de la naturaleza temporal de la contratación y de la existencia de la causalidad de la contratación, lo que significaba un obstáculo más al reconocimiento de la fijeza de su relación de trabajo”. Ballester Pastor, I.: “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, ob. cit., p. 106.

artículo 15 ET, que es el que regula la limitación a la contratación temporal; sin embargo, el artículo 49.1.c) párr. 3º ET mantiene una sanción específica y menos gravosa para esta infracción que la que se contempla en el artículo 15.4 ET, introduciendo así una distinción que nos parece huérfana de cualquier fundamento.

Siguiendo con esta cláusula, otro cambio sutil de la reforma, como puede constatar-se en el anterior cotejo, es el que cambia el adjetivo *indefinido* por *fijo*. La consecuencia de incumplir ahora las disposiciones rectoras de la contratación temporal obligará, no a convertir el contrato en indefinido, sino en fijo. Esta modificación no es banal, por ejemplo, en el ámbito de las Administraciones Públicas, donde ha encontrado un hondo –e ilegítimo– arraigo la figura del indefinido-no fijo. Nos referiremos a ello en el siguiente punto de la exposición. Por otro lado, el uso del adjetivo *fijo* en la nueva redacción nos suscita la siguiente duda interpretativa: En caso de incumplirse cualesquiera de las disposiciones del artículo 15 ET, ¿será posible acordar la condición de *fijo discontinua* o solo *fijo ordinario*? Aunque intuitivamente, en una lectura teleológica de la norma, responderíamos que solo cabría la condición de fijo ordinario, tenemos nuestras dudas al respecto. Y es que, en otros preceptos, como el que regula las consecuencias del fraude en la contratación formativa, artículo 11.4.h) ET, el Legislador ha especificado que en tales casos “se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario”. La falta de cualquier adjetivo complementario en el artículo 15.4 ET nos hace dudar que en este otro supuesto se haya querido aplicar la misma solución, por lo que sería dable sostener, por tanto, que el empresario estaría en disposición de acreditar que la necesidad cubierta ilícitamente respondía a las características del contrato fijo-discontinuo, en cuyo caso procedería acudir a esta opción contractual.

Por último, nos preguntamos cómo se aplicará esta consecuencia en determinados supuestos concretos, como ante el incumplimiento de la limitación de la contratación temporal del artículo 15.2 párrafo 4º. Imaginemos que una empresa, a partir de múltiples contrataciones puntuales, supera el límite de noventa días que allí se establece: ¿qué trabajadores deberían adquirir la condición de fijos?, ¿todos, o solo aquellos a los que se le han efectuado los últimos contratos con los que se exceden de los noventa días? Una respuesta intuitiva se decantaría por esta segunda opción, aunque no es una solución incontrovertida. En realidad, todos los trabajadores contratados han sido partícipes del exceso en la contratación temporal: dicho de otro modo, solo tomando en consideración las contrataciones de todos ellos podríamos decir que se ha incumplido el límite de noventa días que allí se prevé. Además, nos preguntamos hasta qué punto aquella posible solución se ajusta a razones de justicia material. Imagínese el caso hipotético e inverosímil, pero útil a efectos expositivos, en el que un trabajador ha estado contratado mediante esta submodalidad durante ochenta y nueve días, mientras que otro solo ha sido contratado por dos días. Según la interpretación propuesta, sería este último el que adquirirá la condición de fijo, en detrimento del primero. Aunque parezca una solución poco lógica, debe considerarse que esta medida, más que a proteger al trabajador afectado, va dirigida a disuadir las contrataciones temporales de duración reducida. Más adelante, en el epígrafe VI de este artículo, volveremos sobre ello.

V. BREVE NOTA SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ART. 15.4 ET)

Una pregunta sugerente, aunque creemos que encuentra fácil respuesta, es la que se refiere a la aplicación de estas disposiciones sancionadoras del fraude en la contratación por parte de las Administraciones Públicas. En el precedente marco normativo, insistimos, el incumplimiento de las normas rectoras de la contratación temporal implicaba que el contrato afectado se presumiría indefinido. De esta forma, la jurisprudencia pudo articular una solución que hiciera compatible dicha consecuencia con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso y la promoción en el empleo público: nos referimos a la figura del indefinido-no fijo⁷. A través de ella, se aplicaba en el empleo público la ortodoxa sanción laboral al fraude de ley, la conversión del contrato en indefinido, pero sin consolidar la permanencia en el empleo público de un trabajador que no se hubiera sometido al oportuno proceso selectivo tendente a garantizar la observancia de aquellos mandatos constitucionales⁸. Si atendemos a este razonamiento, resulta muy dudoso que la nueva redacción estatutaria del artículo 15.4 sea aplicable a las Administraciones Públicas cuando incurran en un fraude en la temporalidad⁹. Y ello puede defenderse desde la prioridad aplicativa del EBEP, por razón de su especialidad, que sujeta a los precitados principios constitucionales el acceso al empleo público ex artículo 1.

Esto que decimos es aplicable, por extensión, a las disposiciones que se contienen en el nuevo artículo 15.9 ET, que obliga al empleador a reconocer *motu proprio* la condición de trabajador fijo a aquellas personas contratadas temporalmente de forma fraudulenta o que hayan sobrepasado los límites a la concatenación de contrataciones temporales previstos en el artículo 15.5 ET. En tales casos, y según aquel precepto, los trabajadores podrán solicitar al oportuno servicio público de empleo un

7. Como es sabido, la figura del indefinido no fijo tiene su origen en las sentencias de 7 de octubre de 1996, (rcud. 3307/1995), dos Sentencias del Pleno de la Sala Cuarta, de 20 y 21 enero 1998 (rcud. 317/1997 y rcud. 315/1997), que modifican la anterior doctrina del Tribunal Supremo (por ejem. Sentencias de 18 de marzo de 1991, 31 de enero de 1992 o 3 de noviembre de 1993 en la que se reconocía la condición de fijo al trabajador temporal fraudulentamente contratado por la Administración Pública).

8. La razón de ser de esta figura jurisprudencial queda bien sintetizada por la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2021 (rec. 800/2020), FJ 6º: "Es evidente que tal consecuencia de fijeza de la relación laboral, como consecuencia del fraude cometido en la contratación aparentemente temporal, se puede aplicar con total extensión en el caso de relaciones laborales del sector privado, pero no cuando nos encontremos ante contrataciones temporales fraudulentas celebradas en el sector público, y ello porque en este caso para alcanzar la condición de fijeza es necesario que el personal haya superado un proceso selectivo, sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad tal como imponen los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española [...] Para evitar tal distorsión la jurisprudencia de los años noventa del siglo pasado creó la figura del indefinido no fijo".

9. En este sentido se ha pronunciado el profesor Beltrán de Heredia Ruíz, I.: "No obstante, téngase en cuenta que la Derogación de los ap. 1 y 2 de la DA 15ª ET, por parte del RD Ley 32/2021, junto con la nueva redacción del art. 15.4 ET podría llevar a calificar a los contratos que superen el plazo máximo del art. 15.5 ET como «fijos» (el empleo de este término, sustituyendo la expresión anterior – «tendrán la consideración de indefinidos» – así podría sugerirlo – aunque personalmente creo que sería controvertido)". Beltrán de Heredia Ruíz, I.: "¿Qué es un indefinido no fijo? Situaciones susceptibles de ser calificadas como INF", Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. Accesible en <https://ignasibeltran.com/que-es-un-indefinido-no-fijo/> (último acceso el día 12 de abril de 2022).

certificado que acredite esas circunstancias y, por ende, su condición de trabajador fijo. Como decimos, parece que este régimen jurídico tampoco será aplicable al caso de la Administración Pública, a mayor abundamiento en este caso, porque para los organismos que la integran rige la prohibición expresa de aplicar de oficio las consecuencias del fraude en la contratación ex DA 43ª de la LPGE 2018. Ante esta aparente contradicción, cabría preguntarse si esa prohibición introducida en la ley presupuestaria seguiría vigente tras la publicación del RDL 32/2021, el cual, como es sabido, en su disposición derogatoria única, estipula que quedarían derogadas cuantas normas de igual o inferior rango lo contradijesen. A nuestro modo de ver, si la expresión utilizada por la nueva norma laboral hubiese sido la de *indefinido*, las disposiciones de su artículo 15.9 serían plenamente aplicables al caso de las administraciones públicas, quedando derogada implícitamente la prohibición introducida en la LPGE de 2018; pero al haberse decantado el Legislador por la consecuencia de *fijeza*, tales disposiciones, por lo ya dicho, no resultarán aplicables en este ámbito. La disposición derogatoria única del RDL 32/2021 es ineficaz frente a estas disposiciones, ya que estas son la proyección del mandato constitucional previsto en el artículo 103. Parece así que el incumplimiento de la normativa de contratación en este ámbito será la imposición del tradicional indefinido-no fijo, aunque ahora esta solución queda huérfana del soporte normativo que, aun indirectamente, encontraba anteriormente en el ET.

VI. SOBRE LA CONCATENACIÓN DE CONTRATOS EN UN MISMO PUESTO DE TRABAJO (ART. 15.5 PÁRR. 2º)

244

Una novedad especialmente transgresora es la que aparece en el nuevo artículo 15.5 párrafo 2º. Se refiere a las consecuencias de la concatenación de contratos temporales: junto a la tradicional regla de cómputo que tomaba en consideración los contratos temporales celebrados con un mismo trabajador, ahora se añade un criterio adicional, complementario del anterior, que establece otro límite al encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción referidos a un mismo puesto de trabajo. Según se lee en la disposición referida:

adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Es esta una medida, sin duda, coherente con el espíritu de la norma, que sanciona de este modo el recurso excesivo a la contratación temporal por parte de las empresas, que no podrán ahora –al menos teóricamente, según lo establecido en esta disposición– eludir esa responsabilidad alternando los trabajadores afectados por la sucesión contractual. Siendo, por tanto, una disposición benemérita, las dudas surgen al pensar en su operatividad práctica. Y es que, como ha advertido la mejor doctrina, resulta muy difícil determinar qué debe entenderse por puesto de trabajo a los efectos de fiscalizar

el exceso de contrataciones que determinará la aplicación de este precepto¹⁰. Repárese en que, a diferencia de lo que ocurre en la Administración Pública, la empresa privada no está obligada a formular una relación de puestos de trabajo. Ello genera una problemática aparentemente insalvable: la de identificar de qué modo proceder al sumatorio de los periodos de contratación que conllevarían la declaración de fijeza. Salvo en empresas pequeñas, con puestos de trabajo claramente identificados en los que la sucesión contractual se produzca sin solución de continuidad, resultará imposible saber cuántos puestos de trabajo existen en una empresa y, sobre todo, a cuál de ellos imputar los diferentes periodos de contratación que vayan concertando la empresa con diferentes trabajadores, de forma simultánea o sucesiva, para determinar la transgresión del límite previsto en el nuevo artículo 15.5 párrafo 2º.

Otra duda que suscita esta nueva disposición –aunque creemos que está sí puede resolverse según el tenor literal de la norma– es la forma de determinar qué trabajador de los distintos afectados por la concatenación de contratos se verá beneficiado con la adquisición de la condición de personal fijo. La literalidad de la norma sugiere lo siguiente: adquiriría dicha condición el último trabajador empleado en dicho puesto, aquel con cuya contratación se haya superado el umbral de dieciocho meses en un referencial de veinticuatro. Ello se deduce de la alternación de los tiempos verbales en dicha literalidad, que otorga este beneficio a la persona que *ocupe* (en presente) un puesto de trabajo que *haya estado* previamente *ocupado* (pretérito perfecto) por otros trabajadores. Esta es además la solución más operativa, ya que es probable que la adquisición de la condición de trabajador fijo en la empresa no interese a aquel operario que estuvo contratado anteriormente y que en la actualidad ostenta, posiblemente, otra ocupación. No obstante, desde un punto de vista de justicia material, al igual que hacíamos en el punto IV de este comentario, nos preguntamos si esta es en todos los casos la solución más ecuánime. Llevando la ejemplificación al extremo: la aplicación de este precepto, según lo interpretamos, conduciría a que un trabajador empleado durante un día adquiriría la condición de trabajador fijo, negándole ese beneficio al trabajador que estuvo contratado precedentemente en ese mismo puesto de trabajo durante 17 meses y 29 días.

VII. SOBRE LA ACAUSALIDAD DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)

Una de las opiniones más generalizadas sobre esta reforma, expresadas en la doctrina¹¹ y otros foros profesionales¹², es la que sostiene que el contrato fijo discontinuo

10. Por todos Sala Franco, T.: *La reforma laboral: La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 73.

11. Por todos: Vicente Palacio, A.: “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 79-99; 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, 2022, p 5.

12. Cortés, I.: “Las empresas recelan del contrato fijo discontinuo: “El ‘boom’ que esperábamos no llega””, *El Confi-*

ha sido el que ha adquirido mayor protagonismo en el nuevo marco de la contratación laboral. Ello se debe, en buena medida, a la ampliación, casi sin límites, de la casuística que habilita ahora esa forma de contratación que, según el remodelado artículo 16.1, será la “realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

La primera consecuencia que se sigue de esta reformulación, la que incluye ahora la realización de trabajos de ejecución determinada, es la subsunción en el contrato fijo-discontinuo del anteriormente denominado contrato a tiempo parcial vertical. Luego nos referiremos a esta novedad normativa. La otra derivada relevante de esta modificación, la que ahora nos interesa, es la aparente acausalidad que caracteriza en la actualidad al contrato fijo-discontinuo. Al acoger esta modalidad contractual los trabajos estacionales, pero también aquellos de cualquier otra naturaleza que se presten de forma intermitente, parece que su celebración quedará justificada siempre que se dé esta nota de intermitencia, con independencia de que la misma derive de circunstancias objetivas y extrínsecas o de una concreta forma de organizar la producción libremente adoptada por la empresa. En otras palabras, no se exige ninguna causalidad fáctica externa para legitimar el recurso a esta forma de contratación. Así lo ha expresado parte de la doctrina en las valoraciones más urgentes de la norma:

En el caso del fijo-discontinuo estacional o de temporada, como les expuse es claro que sí [es causal]. En definitiva, concurre un elemento externo al contrato que condiciona y define el programa de prestación.

En cambio, en el fijo-discontinuo «para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados», no hay propiamente un factor extrínseco al contrato que condicione el programa de prestación y, por ende, puede estar sujeto a los motivos organizativos y/o productivos que fije la propia empresa¹³.

Esta conclusión, la que afirma la no causalidad del contrato fijo-discontinuo, se refuerza si reparamos en que la reformulación de este contrato ha absorbido el antiguo contrato a tiempo parcial vertical, que era un contrato no causal¹⁴. Bajo esta otra opción contractual, la empresa podía, con absoluta libertad, imponer un régimen de prestación de servicios intermitente, en el que el trabajador estaría ocupado efectivamente solo durante determinados periodos de la semana, del mes o del año. Esa

dencial, 3 de abril de 2022. Accesible en: https://www.elconfidencial.com/juridico/2022-04-03/empresas-recelan-contrato-fijo-discontinuo-boom-no-llega_3401835/ (último acceso el día 13 de abril de 2022).

13. Beltrán de Heredia Ruíz, I.: “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RDLey 32/2021)”, Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. Accesible en <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/> (último acceso el día 11 de abril de 2022).

14. Una cuestión que llama mucho nuestra atención es que la parcialidad en el ordenamiento laboral español no exige causalidad, mientras que la temporalidad sí, a pesar de que el régimen de parcialidad muchas veces es más hostil que el temporal y a pesar de que la mayoría de las encuestas revelan que los trabajadores a tiempo parcial se incardinan en esa forma de contratación de forma no voluntaria.

posibilidad de distribución intermitente de la jornada parece que se articulará ahora a través del contrato fijo-discontinuo, sin alterar su carácter dispositivo o no causal para las partes. Lo que ocurre es que, a diferencia del contrato fijo-discontinuo, el contrato a tiempo parcial vertical garantizaba de antemano unos periodos ciertos de prestación de servicios al cabo del año, cuya modificación por parte de la empresa abría al trabajador la posibilidad de accionar por despido o por modificación sustancial del contrato, según fuese el caso. El contrato fijo-discontinuo, empero, no reviste esas mismas garantías. Salvo previsión negociada en contra, el régimen de llamamientos no compromete a la empresa en cuanto a las fechas de actividad ni en cuanto a la cantidad anual de trabajo que se reclamará al operario. Una empresa podría, de forma legítima, formalizar un contrato fijo discontinuo en la previsión de que una determinada necesidad se repetirá intermitentemente, pero si en un concreto periodo estas previsiones fallasen, o las necesidades de personal fueren menos intensas, el trabajador no tendría ningún derecho a la reincorporación. Su único derecho en tal sentido se concreta en la prelación de llamamiento que debe darse al reanudar la actividad, pero siempre que el patrón respete tal orden de contrataciones, no incurrirá en ningún ilícito si, por ser el nivel de actividad menor al esperado, durante un concreto ejercicio, no llamase a algunos de los trabajadores expectantes.

Este régimen de precariedad ya era característico del contrato fijo-discontinuo tradicional, pero se agrava si dictaminamos que este contrato queda reconfigurado ahora como un contrato no causal. En este nuevo formato, dicha modalidad contractual queda asimilado a un contrato a demanda, muy próximo al denominado contrato cero horas que ha sido tan proscrito por la doctrina¹⁵ y la normativa comunitaria¹⁶: al acoger actividades no estacionales, permitiría a las empresas proceder al llamamiento de sus trabajadores según fuesen fluctuando sus necesidades de personal, sin asumir el riesgo en costos de personal por la falta de actividad que es intrínseco al ejercicio empresarial.

De añadidura, y aunque esto exceda ya la disquisición técnica sobre la norma, nos preguntamos hasta qué punto la canalización de la contratación temporal hacia el contrato fijo-discontinuo –como muchos han visto en la norma– supondría una verdadera mejora en las condiciones de los trabajadores. Desde una definición estricta de la precariedad –entendida esta como incertidumbre– nos preguntamos hasta qué punto un contrato fijo-discontinuo no resulta más precario que las formas de contratación eventual que conocemos en nuestro ordenamiento. Bajo el paraguas de estas, al final de cada periodo de actividad, el trabajador adquiriría el derecho a una indemnización por fin de contrato. En el contrato fijo-discontinuo, por regla general, salvo previsión convencional en contra, o en el caso de las contrataciones, al final del periodo de actividad el trabajador cesante solo adquiere un derecho incierto al llamamiento

15. Vid. Liberal Fernández, F.: "Contrato cero horas y repercusiones en el derecho de libertad de circulación de los trabajadores", en García González, C.; Redinha, M. G.; Guimarães, M. R.; Sáenz de Jubera Higuero, B. (coord.): *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 45-60.

16. Cfr. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

y, solo llegado el momento, si este no se diese, podría accionar por despido. Si pensamos en la aplicación empírica de este régimen, intuiremos que en muchos casos la empresa abaratará los costes de personal a través del contrato fijo-discontinuo, sobre todo porque en aquellos casos en los que los periodos de llamamiento sean breves, lo que hace muy probable que al reinicio del siguiente periodo de actividad el operario haya encontrado una opción de empleo más estable: de esta forma, el empresario habría omitido las indemnizaciones por fin de contrato que habría asumido si hubiese acudido a la contratación temporal. Con esto, y volvemos ya al análisis más técnico, se puede ponderar mejor la importancia que reviste las posibilidades de mejora que se le habilitan a la negociación colectiva ex artículo 16.5 ET y que resultarán claves para evitar que bajo esta modalidad contractual pueda articularse un régimen de precariedad más oneroso que el anterior: Nos referimos al establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual, a la indemnización por fin de llamamiento o a otras cuya articulación empírica nos suscita más recelos, como las bolsas de trabajo interllamamientos.

VIII. SOBRE LA DURACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN EL NUEVO CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)

Otra duda que suscita la nueva regulación del contrato fijo-discontinuo, que abordamos de forma mucho más breve, es la que se refiere a la duración posible de los periodos de llamamiento. La cuestión en concreto es si esta duración puede ser superior al año natural. El interés de esta pregunta se comprende atendiendo a la siguiente secuencia histórica: El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala Cuarta núm. 1137/2020, de 29 de diciembre, reprochó que la prestación de servicios en el marco de contrataciones administrativas o mercantiles se canalizase de ordinario a partir del contrato de obra y servicio determinado. Más adelante, el RDL 32/2021 suprimió esta modalidad contractual y derivó expresamente la prestación de servicios previsibles a través de contrataciones al régimen del contrato fijo-discontinuo, pero resulta que en muchos casos la duración de tales contrataciones es muy superior al año, es decir, no son actividades cíclicas o de temporada como las que caracterizaban tradicionalmente el contrato fijo-discontinuo, sino que son actividades de larga duración, como en el caso de las contrataciones administrativas a las que se accede a través de concurso público que pueden prolongarse durante varios años. Nos alineamos aquí con parte de la doctrina que ha advertido que la ampliación casi irrestricta de los contornos del contrato fijo-discontinuo admite ahora la ejecución de este tipo de contrataciones a través de esta modalidad contractual¹⁷, en cuyo caso los periodos de actividad coincidirán con la duración de la contrata (pongamos por caso, dos, tres, cuatro años...)

17. Beltrán de Heredia Ruíz, I, "Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET)", Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. Accesible en: <https://ignasibeltran.com/2021/12/31/nueva-reforma-laboral-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-contrato-fijo-discontinuo-art-16-et/> (último acceso el día 13 de abril de 2022).

a cuyo final el trabajador contratado pasará a situación de inactividad, quedando a la expectativa de un nuevo llamamiento que podrá ser, o no, de una duración equivalente al anterior.

IX. SOBRE LA SUPERVIVENCIA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL (ARTS. 12.1 Y 16.1 ET)

En este punto abordaremos la que para nosotros es la principal duda que arroja la redacción del RDL 32/2021: la supervivencia o derogación del que ha dado en llamarse *contrato a tiempo parcial vertical*. Esta es una expresión que no encontrábamos –ni encontramos– en la literalidad de la norma, pero que tuvo un uso generalmente aceptado para referirse a aquellos contratos que regían las relaciones de trabajo cuya ejecución se concentraba en periodos concretos del año, lo que en términos algo más impropios desde un punto de vista técnico se denominaba *contrato fijo discontinuo de período cierto*. La razón de ser de esta submodalidad contractual la encontramos en la redacción –inalterada por el RDL 32/2021– del artículo 12.1 ET, que caracteriza al contrato a tiempo parcial como aquel celebrado para “la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”. De este modo, aunque en términos no tipificados en el Derecho positivo, se distinguía entre: 1) El contrato a tiempo parcial horizontal, que comprendía aquellas actividades que en cómputo diario no alcanzaban el referente del tiempo completo; y 2) el contrato a tiempo parcial vertical, para referirse a las prestaciones de servicio que, si bien en cómputo diario podría alcanzar o inclusive superar el de un trabajador a tiempo completo, alternaban periodos en los que el operario no prestaba servicios, haciendo una jornada semanal, mensual o anual inferior a la de un empleado comparable. De añadidura, debe decirse que estos dos regímenes de parcialidad –y esto es muy interesante para lo que nos ocupa y volveremos sobre ello en el siguiente epígrafe– podrían combinarse entre sí, sin ninguna limitación legal, cuando las necesidades empresariales de personal se concentrasen en algunos periodos de la semana, el mes o el año y, además, durante estos mismos periodos, el trabajador contratado no alcanzase el límite máximo de la jornada diaria.

Pues bien, hecha esta breve disertación –que, siendo básica para el lector, nos parecía ineludible– será la segunda de estas modalidades de parcialidad, la vertical, la que ha acaparado la atención del Legislador, siendo un objetivo confesado en la norma su supresión para subsumir su casuística en el ámbito del nuevo contrato fijo-discontinuo. Si acudimos a la exposición de motivos de RDL 32/2021, leemos:

“Desparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas.

De esta manera, la presente normativa afina su definición de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados...”

Si observamos la forma en la que ese objetivo legislativo se ha efectuado en el articulado de la norma, veremos que se ha reformulado o ampliado las realidades fácticas cobijadas por el contrato fijo discontinuo –*vid supra*– para acoger las prestaciones de servicios con periodos de ejecución determinados o indeterminados. Además, se ha suprimido el antiguo artículo 16.1 párrafo, que rezaba del siguiente modo: “A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido”. La toma en consideración conjunta de estas modificaciones normativas: 1) la categórica exposición de motivos, 2) la reformulación del artículo 16.1 y 3) la supresión del antiguo artículo 16.2 ET, nos conduciría a concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial vertical ha desaparecido de nuestro tráfico jurídico. Sin embargo, existen argumentos para sostener lo contrario. Entre estos, encontramos en un lugar destacado la supervivencia del artículo 12.1 ET, arriba transcrito, que se mantiene en sus mismos términos. Ahí se sigue estipulando que el referente para determinar la parcialidad del trabajador será el cómputo diario, pero también el semanal, mensual o anual. ¿Tendría sentido mantener los tres últimos referentes en un escenario en el que el contrato a tiempo parcial vertical ha sido suprimido? No demasiado: solo en algunos casos excepcionales de distribución irregular de la jornada tendría sentido conservar esos tres módulos¹⁸.

Por otro lado, pensamos que la supresión radical del contrato a tiempo parcial vertical complicaría, en según qué casos, la gestión ordinaria de las relaciones de trabajo. Si asumimos su eliminación normativa, *dato non concessio*, tendrían que reconducirse al contrato fijo-discontinuo relaciones laborales que se alejan mucho de la naturaleza de este contrato y que no casan bien con su configuración jurídica. Pensamos, por ejemplo, en una contratación fija para cuatro días a la semana, todas las semanas, de lunes a jueves. Tradicionalmente esta relación de trabajo se regiría por el contrato a tiempo parcial. Su hipotética reconfiguración como contratación fija-discontinuas implicaría, entre otras cosas, que los trabajadores de este ejemplo, cuando llegue el viernes de cada semana, pasarán a situación legal de desempleo [ex art. 267.1.d)]– y que, al inicio de cada semana, la empresa deberá tramitar el llamamiento del trabajador. Estas consideraciones nos llevan a opinar –la redacción de la norma no nos permite concluirlo– que el contrato a tiempo parcial vertical conserva vigencia, aunque no podemos determinar en qué casos. Parece que un concepto clave para resolver esta última incógnita será el de *intermitencia*. El contrato fijo-discontinuo queda reservado para las prestaciones de servicios *intermitentes*: quizás podría descartarse que esta nota se dé en aquellos casos en los que la continuidad en la prestación de servicios

18. Imagínese el caso de un trabajador que trabaja todos los días laborales del año, pero unos días lo hace a jornada completa y otros a jornada reducida. Ese trabajador ostentaría una parcialidad vertical (jornada en cómputo anual inferior a la máxima), sin pasar al ámbito del contrato fijo-discontinuo, porque, al no haber periodos de inactividad, no se ejecuta su prestación de servicios de manera intermitente.

es patente, por ejemplo, en el supuesto de nuestro trabajador ocupado de lunes a jueves. Es una lectura algo voluntariosa de la norma, y en cualquier caso parece casi imposible determinar qué lapso de inactividad debe mediar para valorar si concurre o no la nota de intermitencia: esta se dará claramente, por ejemplo, en aquellos casos en los que el trabajador concentre su prestación servicios en un periodo concreto del año, pongamos por caso, todos los meses de verano; pero ¿se dará si la prestación de servicios se concentrases los meses pares del año, pero no los impares? ¿Y si se concentra entre los días 1 a 15 de cada mes? ¿Y si es para los fines de semana?

Por último, como valoración de esta opción legislativa, advertimos que la pretendida unificación del contrato fijo-discontinuo y el tiempo parcial vertical en una misma modalidad contractual no es nueva para nuestro ordenamiento: antes al contrario, es una opción que estuvo vigente hasta el año 1997, hasta la publicación del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Lo que ocurre es que hasta esa fecha ambas modalidades convivían en la categoría del contrato a tiempo parcial¹⁹. Retornar a esa regulación era una alternativa, sin embargo, ahora el Legislador ha preferido reunificar ambas modalidades de contratación en el contrato fijo-discontinuo. Por lo expuesto en el epígrafe anterior, nos preguntamos hasta qué punto esa opción resultaba más conveniente en cuanto a las garantías laborales de los trabajadores y en cuanto al objetivo de la norma, confesado en la exposición de motivos, de simplificar el panorama contractual español. En efecto, ahora conviven dos tipos de contrato: el contrato a tiempo parcial y el contrato fijo-discontinuo –aun afirmando, como hacemos, el difícil deslinde de ambos–, mientras que, de haberse seguido la otra opción normativa, la que ya nos era conocida, ambas categorías serían solo dos modalidades de la contratación a tiempo parcial.

En estrecha relación con lo anterior, y aunque esta cuestión no es, propiamente, una novedad introducida por el RDL 32/2021, con la entrada en vigor de este ha adquirido un mayor protagonismo y ha acaparado la atención de muchos juristas del trabajo: Nos referimos a lo previsto en el artículo 16.5 párrafo 2º ET –en el precedente normativo, con una redacción inalterada, artículo 16.4 ET–, según el cual, los convenios colectivos sectoriales “cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo”.

Como decimos, la presencia de esta disposición no es una novedad para nuestro ordenamiento, que la conoce desde hace ya dos décadas²⁰. Sin embargo, ahora ha adquirido un mayor protagonismo, lo cual está justificado en la medida que una vez vigente el RDL 32/2021 desaparece, según muchos, el contrato a tiempo parcial vertical y, por

19. Vid. art. 12.2 ET 1995, en su versión primigenia: “El contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas serán llamados en el orden y la forma que se determinen en los respectivos convenios colectivos...”.

20. Al menos, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

tanto, esta disposición, que ha estado ligada tradicionalmente al contrato fijo-discontinuo, va a ser aplicable también a aquellas prestaciones de servicios que se repitan de manera intermitente en periodos ciertos. En efecto, cuando la prestación de servicios se ajustaba a este tipo de periodicidad *-id est, cierta-*, no existía cláusula alguna que cuestionase la posibilidad de operar, dentro de esta parcialidad vertical una parcialidad adicional, ahora horizontal, para fijar una prestación de servicios diaria inferior a la máxima. Así, por ejemplo, resultaría plenamente válido un contrato a tiempo parcial para trabajar cuatro horas diarias, de lunes a viernes, durante los meses de verano. Ahora existen dudas sobre la legitimidad de esa opción, lo que deja en el aire el encaje contractual que deberá tener aquellas necesidades de personal en la que se den estas dos notas: intermitencia y parcialidad diaria. Pensamos, pongamos por caso, en un establecimiento de ocio nocturno que necesite, durante los meses de verano, personal en la franja horaria de 22:00 a 04:00. La intermitencia de esta actividad nos obliga a encuadrarla ahora en el contrato fijo-discontinuo, pero no parece del todo claro que ese régimen horario sea admisible en esta categoría contractual, al menos siempre que no exista una norma paccionada que lo habilite expresamente.

En cualquier caso, hablamos en términos hipotéticos, pues albergamos algunas dudas sobre la eficacia prohibitiva de la disposición transcrita. Y es que la redacción a tal efecto es sumamente confusa: Afirma que la negociación colectiva “podrá acordar” la celebración de contratos fijo-discontinuos a tiempo parcial, pero esa aparente habilitación no está precedida por ninguna prohibición previa. No existe, por así decirlo, ninguna otra disposición que prohíba o limite la concertación de contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial. Solo partiendo de esa posible norma limitativa adquiriría sentido la presunta habilitación del artículo 16.5 párrafo 2º. En la medida que sería una disposición limitativa de derechos –en este caso, el de libertad contractual de las partes– estimamos que la prohibición de celebrar contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial debería constar taxativamente en la norma, lo cual no ocurre. Pero, por otro lado, si negamos la existencia de esa prohibición, carece de cualquier sentido la habilitación que ahora comentamos, por lo que esta nos resulta sumamente enigmática. La mayoría de la doctrina concluye que, efectivamente, de la misma, en una lectura *a sensu contrario*, solo es posible inferir esa interdicción²¹, aunque insistimos que el precepto no es todo lo categórico que debiera ser si atendemos a su carácter limitativo y sancionable, imprecisión que, dicho sea de paso, no es imputable al legislador actual²².

21. Goerlich Peset, J. M.: “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: El final de una larga discusión”, *Temas Laborales*, núm.61, 2001, pp. 125-148.

22. Esta redacción procede de la reforma introducida por el *Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*. La confusa redacción podría encontrar una explicación bastante mundana. Con anterioridad a dicha reforma, cuando el contrato fijo discontinuo era una submodalidad del contrato a tiempo parcial, se preveía la posibilidad de que en el contrato fijo discontinuo tuviese una duración superior al límite del 77 % de jornada que se estableció para el contrato a tiempo parcial ordinario. Existía a la sazón una cláusula que rezaba del siguiente modo: “En el caso de los contratos contemplados en esta letra b), los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar excepcionalmente, cuando la actividad estacional del sector así lo justifique, el establecimiento de un límite de jornada superior al previsto en

X. SOBRE LAS CONDICIONES DE LOS FIJOS-DISCONTINUOS QUE SE CALCULARÁN CON BASE EN SU ANTIGÜEDAD REAL (ART. 16.6 PÁRR. 2º)

Una disposición que ha acaparado mucha atención tras la promulgación de la norma es la que se contiene en el nuevo artículo 16.6 párrafo 2º ET. Según allí se lee:

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

Aunque en las lecturas más inmediatas y en algunos foros informales se afirmase que esta disposición obligaba a calcular la indemnización por despido de los trabajadores fijos-discontinuos según el tiempo transcurrido desde el momento genético del contrato, tal hipótesis debe descartarse de plano. Este precepto solo obliga al cálculo de la antigüedad conforme a ese criterio, pero por todos es sabido que la precitada indemnización no se calcula según la antigüedad del trabajador, sino según el tiempo efectivo de prestación de servicios (ex art. 53.1.b y 56.1 ET). Aclarado ese punto, no deja de ser cierto que resultan bastante indeterminadas las situaciones en las que esta regla de cómputo de antigüedad va a ser aplicable. Y es que la reforma introduce varios conceptos indeterminados que delega sobre el empleador la decisión sobre la aplicabilidad de este precepto bajo una importante inseguridad jurídica: ¿Cuándo será proporcionado aplicar este criterio? ¿En qué supuestos resulta objetivo brindar idéntico trato a los trabajadores fijos y fijos ordinarios? ¿A efectos de ascensos, por ejemplo? ¿A los efectos de reconocer el plus de antigüedad? Esta redacción abierta genera una considerable incertidumbre, que deja en entredicho su aplicación en efectiva y dificulta cualquier valoración sobre el avance social que con ella se consigue.

253

XI. SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS (DT 5ª RDL 32/2021)

El último aspecto conflictivo sobre el nuevo régimen jurídico de la contratación temporal lo encontramos fuera del articulado de la norma, en la disposición transitoria quinta del RDL 32/2021, relativa al régimen provisional aplicable a la concatenación de contratos eventuales, concretamente a los límites temporales que se le impone al mismo. Según allí se lee:

el apartado 1 de este artículo". Parece que esta otra habilitación que ahora analizamos tomó por base la literalidad de aquella otra, con todas las disfuncionalidades que se siguen al conservar la redacción original para estipular un mandato totalmente distinto.

Lo previsto en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo.

Respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Aunque también esta disposición ha suscitado alguna duda entre los profesionales, su redacción no es demasiado confusa. El elemento clave para su comprensión será el contrato vigente el día 31 de diciembre: a) si al finalizar dicho contrato, la empresa hubiese superado los umbrales temporales de la anterior norma, veinticuatro meses en un periodo referencial de treinta, se aplicará el régimen anterior al RDL 32/2021; b) si por el contrario, con dicho contrato no se superan esos umbrales, los contratos temporales anteriores dejarán de tomarse en consideración y, a los sucesivos, les será de aplicación el límite temporal previsto en la nueva norma, dieciocho meses en un periodo referencial de veinticuatro. Como decimos, la redacción de la disposición, siendo intrincada, no admite ninguna otra alternativa. Si la incluimos entonces en nuestro comentario es por una reciente sentencia del TJUE que nos hace preguntarnos la adecuación de esta disposición a la normativa comunitaria, y concretamente a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Para explicar de qué modo ocurre tal incongruencia repárese previamente en la opción legislativa que subyace detrás de esta disposición transitoria: con ella se produce una suerte de amnistía con respecto a los contratos temporales anteriores, que dejan de ser tenidos en cuenta para fiscalizar los encadenamientos de contratos que se sucedan a partir de ahora. Aquellos contratos solo serán tenidos en cuenta en el caso de que el contrato vigente al día 31 de diciembre sea determinante para superarlos. De esta forma, se suceden dos umbrales temporales que permitirán encadenamientos de contratos temporales muy prolongados. Expliquemos esto con un ejemplo en el que se verá mucho más claro esto que explicamos.

Imaginemos un trabajador que hasta el 30 de diciembre de 2021 acumula veintitrés meses de encadenamiento de contratos temporales con un mismo empleador. El día 31 de diciembre no tiene ningún contrato vigente, pero a partir de enero vuelve a encadenar contratos durante los siguientes diecisiete meses. Este trabajador, a pesar de la excesiva duración del encadenamiento, no habrá superado los umbrales previstos en la norma. En aplicación del régimen transitorio del RDL 32/2021, se admite la sucesión de contratos, como en este caso, durante cuarenta y dos meses en un período referencial de cincuenta y cuatro.

Esta solución es una opción legislativa que *a priori* solo nos pareció censurable desde un punto de vista de política legislativa, pero no desde una óptica técnico-jurídica. Sin embargo, una reciente sentencia del TJUE nos hace repensar nuestra postura. Se trata de la STJUE (Sala Segunda) de 17 de marzo de 2022, asunto C-232/20 de 21 de febrero de 2017). Allí se enjuicia la adecuación a la Directiva 2008/104 de una disposición alemana (*Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer*

Gesetze, de 21 de febrero de 2017, que es la ley por la que se modifica, entre otras, la ley regula la cesión de trabajadores: *Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung* de 3 de febrero de 1995), que modifica los límites temporales máximos en los que se permite la celebración de contratos de puesta a disposición. Al igual que en el caso español, el legislador germánico estableció un régimen transitorio por el cual, los periodos trabajados mediante contratos de puesta a disposición anteriores a la reforma normativa no serían tenidos en cuenta a los efectos de determinar la superación del nuevo umbral²³. La respuesta del TJUE fue bastante contundente, al censurar la corrección de una norma nacional que impide al juzgador tomar en consideración los periodos de contratación anteriores a una determinada reforma normativa para valorar si el periodo de puesta a disposición es excesivamente largo a tenor de la normativa europea. Según allí se lee:

La Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que fija un período máximo de puesta a disposición del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria cuando dicha normativa excluya, mediante una disposición transitoria, a efectos del cálculo de ese período, el cómputo de los períodos anteriores a la entrada en vigor de esa normativa, privando al órgano jurisdiccional nacional de la posibilidad de tener en cuenta la duración real de la puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a efectos de determinar si dicha puesta a disposición tuvo carácter «temporal», en el sentido de la citada Directiva, extremo que corresponde determinar a dicho órgano jurisdiccional.

En aquella ocasión la normativa europea que se vio cuestionada fue la Directiva 1004/2008, pero nos preguntamos si la doctrina que allí se establece no es aplicable, *mutatis mutandi*, a la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada que, como es sabido, pretende “establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” (art. 1.b). Estimando que sí, nos preguntamos hasta qué punto la DT 5ª del RDL 32/2021 es acorde a esa directiva, al obligar, como expusimos, a obviar todas las prestaciones de servicios ejecutadas bajo contratos temporales anteriores a su entrada en vigor a los efectos de determinar si ha existido o no una concatenación de contratos excesivamente prolongada.

XII. CONCLUSIONES

En el presente comentario hemos relacionado algunos de los puntos críticos que presenta el nuevo régimen de la contratación por circunstancias de la producción y

23. El artículo 19, apartado 2, de la *Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung*, en su versión modificada, contiene una disposición transitoria, que tiene el siguiente tenor: “Los períodos de puesta a disposición anteriores al 1 de abril de 2017 no se computarán para el cálculo del período máximo de puesta a disposición establecido en el artículo 1, apartado 1b. [...]”.

fija-discontinua configurado por el RDL 32/2021. Para cerrar, a modo de epítome o recapitulación, trataremos de enumerarlos de manera sintética:

1. Resulta muy difícil dilucidar la casuística empírica subsumible bajo el concepto de *oscilaciones* que encontramos en el artículo 15.2 párrafo 1º y, sobre todo, resolver si el mismo acoge necesidades de personal previsibles. Según nuestra interpretación, a partir del tenor literal de la norma, estas *oscilaciones* se refieren tanto a necesidades previsibles como imprevisibles, por lo que en ambos casos la duración máxima del contrato será de entre seis meses a un año. Ello, salvo que nos encontremos con una necesidad que, además de ser previsible, sea de muy corta duración, en cuyo caso se aplicará el régimen específico del artículo 15.2 párrafo 4º, cuya principal nota es la limitación de su uso a noventa días anuales interrumpidos.
2. No menos dificultad reviste la delimitación exacta de las necesidades de personal que deberán cubrirse con esta submodalidad especial del contrato por circunstancias de la producción del artículo 15.2 párrafo 4º. Este define su ámbito a partir de conceptos indeterminados para los que no existe ningún criterio de interpretación certero: *ocasionalidad, previsibilidad, duración reducida y discontinuidad* en su prestación.
3. Sobre las consecuencias laborales que se siguen del incumplimiento de las disposiciones del art. 15 ET, hemos destacado las dificultades para la empresa que se seguirán de la sustitución de la presunción de indefinición del anterior artículo 15.3 ET por la imposición de fijeza que preceptúa el nuevo artículo 15.4. Más allá de eso, existen argumentos para sostener –aunque no para concluir– que esta nueva disposición no siempre impondrá la conversión en un contrato fijo ordinario, cabiendo reconducir en tales casos la relación laboral al contrato fijo-discontinuo.
4. Descartamos, por lo demás, que esta misma disposición sea aplicable en el ámbito de la Administración Pública. Aunque el Legislador no ha hecho ninguna exclusión expresa, la sustitución del término *indefinido* –redacción anterior– por *fijeza* –nueva literalidad normativa– hace que esta cláusula sea inaplicable en el empleo público, donde la primacía de los principios de igualdad, mérito y capacidad impedirían la adquisición de la condición de personal fijo por el mero fraude en la contratación temporal.
5. Una medida que, siendo benemérita y transgresora, creemos que será muy difícil de aplicar es la que se contiene en el nuevo artículo 15.5 párrafo 2º, que otorga la condición de personal fijo al operario empleado en un puesto de trabajo que haya estado cubierto con contratos temporales durante más de dieciocho meses en un período referencial de veinticuatro. La problemática que observamos es la dificultad de determinar los puestos de trabajo existentes en la empresa privada para ir computando en ellos las distintas contrataciones que se vayan sucediendo.

6. Pasando ya a la regulación del contrato fijo-discontinuo, una implicación dogmática muy interesante que ha observado parte de la doctrina, a la que nos adherimos, es la ampliación notable que ha experimentado el ámbito de esta modalidad contractual, que termina configurándose como un contrato no causal: es decir, el recurso al mismo no deberá estar amparado en una causa externa y objetiva, sino que puede obedecer a la libérrima decisión patronal de organizar su ciclo productivo mediante rotaciones de personal periódicas o intermitentes.
7. Sobre este nuevo régimen del contrato fijo-discontinuo, concluimos que admite periodos de actividad intermitentes superiores al año natural. De esta forma sería también este contrato el aplicable al caso de prestaciones de servicios en el marco de contrataciones que superan dicho referente temporal.
8. La principal duda que nos suscita el nuevo ámbito del contrato fijo-discontinuo es la eventual supervivencia del contrato a tiempo parcial vertical. Aunque *a priori* parece clara la voluntad legislativa de subsumir esa modalidad de contrato en el nuevo contrato fijo-discontinuo, la no modificación del artículo 12.1 ET, así como la disfuncionalidad que presentaría el contrato-fijo discontinuo en el caso de prestaciones de servicios intermitentes de corta frecuencia –trabajadores de fines de semana, por ejemplo–, nos hace sospechar que el contrato a tiempo parcial vertical seguirá contando con alguna operatividad, aunque nos resulta imposible deslindar los límites entre este y el nuevo fijo-discontinuo para periodos ciertos y determinados.
9. Existe también una gran indeterminación a la hora de resolver qué tipo de condiciones de trabajo de los operarios fijos-discontinuos van a calcularse conforme a la antigüedad real del contrato y cuáles otras van a seguir graduándose según el tiempo efectivo de prestación de servicios. Es claro que el cálculo de la indemnización de despido no se verá afectada por el nuevo criterio, pero la norma no aclara, ni ofrece demasiadas pistas interpretativas, sobre qué otras condiciones específicas sí van a verse afectadas por este.
10. Por último, hemos expresado nuestras dudas sobre la adecuación a la normativa comunitaria de la DT 5ª del RDL 32/2021 en la medida que esta impedirá tomar en consideración los periodos de contratación temporal anteriores al 31 de diciembre de 2021 a los efectos de comprobar el eventual exceso en la concatenación de contratos temporales.

Bibliografía

- Ballester Pastor, I.: “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.
- Calvo Gallego, F. J.: “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.03>.
- De la Puebla Pinilla, A.: “El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, una reforma laboral cargada de futuro”, *IUSLabor*, núm. 1, 2022.

- Goerlich Peset, J. M.: "Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: El final de una larga discusión", *Temas Laborales*, núm.61, 2001.
- Goerlich Peset, J. M.: "La reforma de la contratación laboral", en de la Puebla Pinilla, A.; Mercader Ugina, J. R.; Goerlich Peset, J. M.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Liberal Fernández, F.: "Contrato cero horas y repercusiones en el derecho de libertad de circulación de los trabajadores", en García González, C.; Redinha, M. G.; Guimarães, M. R.; Sáenz de Jubera Higuero, B. (coord.): *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., "La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.
- Ramos Moragues F. y López Balaguer, M.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022. DOI: <https://doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.01>.
- Sala Franco, T.: *La reforma laboral: La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- 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, 2022.
- Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.