

# DDL

## MODALIDADES CONTRACTUALES, DUALIDAD EN EL MERCADO Y REFORMAS LABORALES EN EL BIENIO 2010 A 2012 (I)<sup>1</sup>

Francisco Javier Calvo Gallego  
Universidad de Sevilla\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.–II. EL ROL DE LA REFORMA DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES EN LA REFORMA DE 2010: II.1. La reforma de la contratación temporal estructural en la Ley 35/2010. II.1.1. La duración máxima del contrato de obra o servicio. II.1.2. La reforma del límite temporal en el uso sucesivo de contratos temporales. II.1.3. Excepciones, inaplicaciones y adaptaciones a las nuevas reglas incorporadas en el art. 15 ET: el contrato fijo de obra y la nueva redacción de la DA 15 ET. Dudas sobre la adecuación de esta última a la normativa y jurisprudencia comunitarias. II.1.4. El incremento postergado y progresivo de las indemnizaciones por acaecimiento del término resolutorio del contrato y su conexión con las nuevas atribuciones del FOGASA. II.2. La reforma del contrato de fomento de la contratación indefinida. II.2.1. La evolución en el uso del contrato de fomento de la contratación indefinida: finalidad de la reforma. II.2.2. La práctica universalización de la modalidad y su impacto sobre su propia lógica. II.2.3. La dulcificación de las limitaciones a su utilización por despidos empresariales en la empresa. II.2.4. Las modificaciones en relación con el despido.

---

### RESUMEN

La lucha contra la excesiva temporalidad ha sido, sin duda, uno de los objetivos fundamentales de buena parte de las reformas legislativas acaecidas en nuestro sistema desde 1994. De hecho, buena parte de las mismas puede y debe ser leída desde una perspectiva que, seguramente hasta la Ley 35/2010, partía de una actuación dual en la que, por un lado, se intentaba limitar, endurecer o encarecer el uso de las modalidades contractuales temporales, al mismo tiempo que, desde el otro, se potenciaba la flexibilidad interna y el uso de una nueva modalidad indefinida con costes de extinción teóricamente más reducidos. Sin embargo, esta priorización de objetivos y, sobre todo, de instrumentos utilizados, se ha visto ciertamente modificada por la reforma de 2012; una reforma que, en un nuevo contexto de fuerte desempleo, parece no sólo posponer como objetivo prioritario la lucha contra la segmentación, sino que además, altera notablemente los instrumentos utilizados frente a este mismo problema. Al estudio comparativo de ambas reformas, desde este concreto punto de vista, se dirigen estos dos artículos, de los cuales el primero se centra en un análisis de los instrumentos y medidas establecidos en este campo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

---

<sup>1</sup> El texto de estos dos artículos corresponde a un resumen, con las mínimas referencias doctrinales, de la Ponencia presentada a las XIII Jornadas Estatales de Jueces y Magistrados de lo Social celebradas el 28 y 29 de abril de 2010 en Málaga. La posterior vorárgine normativa ha provocado la necesidad de dos actualizaciones de la misma, posibles gracias a la permanente amabilidad tanto del director como del secretario de esta revista, a los que desde aquí quiero agradecer su comprensión y permanente benevolencia con el autor.

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de su denominación, ciertamente similar, y de la fuerte contestación sindical que ambas normas han sufrido, basta una breve aproximación a los contenidos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre y del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero para constatar las enormes diferencias existentes, no sólo en el contexto en el que se aprueban y en su proceso de elaboración, sino también, y sobre todo, en su contenido y en los instrumentos utilizados por ambas normas.

No es este, evidentemente, ni el momento ni el lugar oportuno para intentar siquiera identificar y analizar todos estos elementos. Pero sí, creemos, de estudiar, desde esta perspectiva general, uno de los aspectos en los que esta divergencia resulta, al menos a nuestro juicio, más llamativa y clarificadora: el distinto tratamiento y, sobre todo, la distinta finalidad con las que ambas normas abordan uno de los campos en los que se ha centrado el interés del legislador durante estos últimos veinte años: la lucha contra la temporalidad y la regulación, en este contexto, de las modalidades contractuales estructurales que son, como se sabe, las más frecuentemente utilizadas en el mercado de trabajo español.

A nuestro juicio, el estudio de estas instituciones y de su reforma constituye un mirador privilegiado desde el que analizar el cambio drástico que en objetivos, instrumentos y medios ha supuesto el RDL 3/2012 frente a las experiencias inmediatamente anteriores. Y en último término, puede ser también la base para cuestionarnos si, más allá de maquillajes interesados, no estaremos incurriendo, con distintos ropajes, en errores ya pasados, o si por el contrario, y desde otra perspectiva, nos encontramos ante el primer paso en la construcción de un contexto normativo en el que, con independencia de las denominaciones, se fomenta un tipo de mercado laboral más transicional, menos dual, pero también menos estable. En cualquier caso, vayamos por partes.

## II. EL ROL DE LA REFORMA DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES EN LA REFORMA DE 2010

Comenzando por la reforma de 2010, y en relación con el tema que nos ocupa, lo primero que quizás deba señalarse es que aún fechada en el 2010, el larguísimo periodo de gestación negociada –formalmente frustrada– de esta reforma hace que, en realidad, la misma se enmarque, no ya sólo en la primera fase –financiera y posteriormente productiva– de la crisis económica iniciada en 2008, sino también, y lo que es más importante a los efectos que nos ocupan, en la lógica y en la escala de preocupaciones propias del mercado de trabajo español durante el primer lustro de este siglo.

En este sentido, basta la lectura del Preámbulo de la Ley 35/2010 para apreciar como, a pesar de que teóricamente el “objetivo esencial” de la misma se situaba en “contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española”, inmediatamente después, y cuando “de manera más concreta”, se señalaban los “tres objetivos fundamentales” a los que se dedicaban las medidas incluidas en esta norma, el primero se centraba en “reducir la dualidad de nuestro mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad”.

Esta gradación de finalidades demuestra, al menos a nuestro juicio, que, a pesar de su ubicación temporal, la Ley 35/2010 respondía seguramente a una lógica anterior y que engarzaba, sobre todo, con el Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo (AMCE) y con la Ley 43/2006 de 29 de diciembre; una lógica en la que de forma optimista se creía en una cierta recuperación del empleo situada, entonces, a finales del año 2011 –la duración de ciertas normas o la ubicación de ciertos procesos de revisión lo señalaban claramente<sup>2</sup> – y que, por tanto, volvía a colocar como el principal problema del mercado de trabajo español la excesiva temporalidad y la consiguiente dualidad y segmentación que constituía –junto con los desequilibrios por razón de género– el principal rasgo o “singularidad” del mercado de trabajo español durante los años centrales de la década pasada<sup>3</sup>.

Las razones de este desequilibrio, de esta excesiva reactividad de nuestro mercado, y de esta notable singularidad a nivel europeo, eran y son bien conocidas por todos. Se asentaban, básicamente, en una cultura de gestión de personal –ya que realmente es difícil calificarla de recursos humanos– que, a diferencia de lo que había ocurrido en otros países de la Unión, centró casi monográficamente la flexibilidad laboral en la utilización masiva de contratos temporales de trabajo; una cultura que, a su vez, habría sido la consecuencia –simplificando obviamente la cuestión– de una concreta opción política, propia de los años ochenta, y que, ante la gravedad de aquella crisis apostó, al menos durante doce años, por mantener substancialmente incólume el régimen común de la relación laboral, mientras centraba esta flexibilidad “al margen” en la posibilidad de contratación temporal sin causa de aquellos colectivos que entonces accedían o retornaban al mercado de trabajo, básicamente, jóvenes y mujeres<sup>4</sup>.

Sin embargo, y como es bien sabido, lo que tal fácil fue crear mediante la simple norma legal, se mostró especialmente reacio a claudicar frente al impulso normativo, ahora dirigido, al menos en teoría, en sentido contrario. De hecho, estos últimos quince años han sido un buen ejemplo de lo fallido de todos los intentos legislativos en esta dirección. Ni la teórica recuperación

---

<sup>2</sup> Véanse, por mencionar algunos ejemplos, los art. 10, 11, la DA 12 y la DT 7 de la Ley 35/2010.

<sup>3</sup> Por todos, C. AVÉREZ ALEDO, El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español, CES, Madrid, 1996; V. HERNANZ MARTÍN, El trabajo temporal y la segmentación, CES, Madrid, 2003, en especial p. 192.

<sup>4</sup> Sobre esta evolución normativa véase, por todos, I. FLÓREZ SABORIDO, La contratación laboral como medida de política de empleo en España, CES, Madrid, 1994.

de la regla de oro de la causalidad y el fomento de la flexibilización interna de 1994, ni la incorporación, primero temporal, y más tarde estructural de modalidades indefinidas más flexibles en cuanto a costes de salida como la que fue materializada y asentada en las reformas de 1997, 2001 y 2006, ni las que redujeron en general los costes extintivos del contrato como la de 2002 o las que flexibilizaron algunas de las causas de extinción por razones empresariales tuvieron efectos apreciables; del mismo modo que tampoco lo tuvieron las que apostaron por otras formas de flexibilidad como la del contrato a tiempo parcial en 1998 y 2001, ni las que optaron por incorporar teóricas reglas limitativas del uso abusivo de estas modalidades temporales en el año 2006, al hilo de la transposición de la Directiva 99/70/CE. De hecho, ni tan siquiera aquellas que optaron por encarecer la cotización de estos contratos, establecieron la equiparación salarial de los trabajadores de ETT como la de 1999, o las que fomentaron periodos excepcionales de bonificación como el AMCE de 2006 tuvieron estos efectos significativos, del mismo modo que tampoco lo tuvieron los diversos programas de bonificaciones y fomento cuyo efecto ganga o peso muerto, y su escasa capacidad de orientación fueron reiteradamente destacados por la doctrina y por las propias evaluaciones de la Administración<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Estas dudas estaban ya presentes en el Informe de Expertos "Más y mejor empleo" de 31 de enero de 2005. En aquel profundo informe se señalaba expresamente como había "muchas razones para dudar que esta medida sea la más eficiente a la hora de favorecer la contratación estable. En primer lugar, cabe pensar que el efecto de peso muerto de estas medidas es considerable. En segundo lugar, aunque la reducción de coste laboral que implican dichas bonificaciones es notable, dicha reducción está al alcance en mayor medida de determinadas empresas y de determinados colectivos de trabajadores". Y "por lo que se refiere a los trabajadores, es muy probable que el efecto sustitución que generan las bonificaciones a la contratación indefinida no sea despreciable. Finalmente, siendo el gasto total de estas bonificaciones de casi un 0,3% del PIB, el efecto desplazamiento de las bonificaciones a la contratación no es desdeñable". En esta misma dirección apuntaba el informe de la AEVAL La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social, Ministerio de Presidencia, 2009, disponible en <http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E14.pdf>. De acuerdo con este Informe los resultados de los diferentes estudios utilizados en la evaluación apuntarían a una escasa eficacia de las bonificaciones en su diseño actual, "lo que por otra parte no hace más que confirmar los hallazgos de diversas investigaciones en España como en otros países". Y ello tanto por el efecto ganga o peso muerto, como por su escaso efecto sustitución. El primero de ellos, el efecto peso muerto se acreditaba al deducirse que nueve de cada diez empresas hubiesen realizado el contrato independientemente de la bonificación, siendo, para el 65% de las empresas escaso o nulo el impacto de esta bonificación sobre el carácter estable de la contratación, si bien la importancia de la misma tendería a crecer en el caso de las PYMES. De ahí, en definitiva que en situaciones, eso sí, como las existentes en 2007, de bonanza económica, fuera claramente apreciable el efecto denominado peso muerto o ganga. Y por otra parte, y por lo que se refiere al efecto sustitución —en la elección del candidato, primando los bonificados sobre los que no— las conclusiones del estudio revelaban que, las bonificaciones no habrían sido tenidas en cuenta en el momento de contratar por el ochenta por ciento de las empresas. La selección del candidato se realizaría, en aproximadamente esa misma proporción, porque el perfil del candidato se adecuaba al puesto de trabajo, al margen de la existencia de una bonificación que sólo era parcialmente valorada por el 16% de las empresas, siendo sólo un 7,7% de las mismas las que seleccionaban en función de este criterio, aunque el efecto sustitución se incrementa en función de las dimensiones de la organización empresarial. Finalmente en una línea similar se movía el trabajo de L. TOHARIA, y otros El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional, MTIN, disponible en <http://bit.ly/yWGSu7>. Para este Informe el impacto agregado de las bonificaciones habría sido nulo o ligeramente positivo, debido al elevado peso muerto de dicho programa, aunque algunos colectivos (en particular, los jóvenes y las mujeres) podrían haberse visto favorecidos, lo que también indica la existencia de efectos sustitución. A la vez, los contratos incentivados pueden haber tenido un impacto positivo sobre las transiciones del paro al empleo y del empleo temporal al empleo permanente, aunque también pueden haber aumentado las transiciones desde la ocupación hacia el paro, anulando en todo o en gran parte el efecto positivo anterior. Y de ahí, en definitiva, que se acabara concluyendo que "quizá haya llegado el momento de dejar de subvencionar las contrataciones siempre que los fondos que se liberen puedan dedicarse a otras medidas que puedan tener un mayor impacto directo en el nivel de empleo o en la propia protección social de los trabajadores que se encuentran en situación de necesidad como consecuencia del desempleo".

Y ello por no hablar del escaso éxito de las constantes llamadas que en este sentido realizaron y han realizado los Acuerdos Interconfederales que desde 2002 intentan orientar la negociación colectiva de nuestro país.

En realidad, a aquellas alturas de la crisis, ya nadie dudaba de que, entre otros factores, fue esta elevadísima tasa de temporalidad, la práctica inexistencia de normas protectoras del empleo para este segmento de casi el treinta y tres por ciento de asalariados, la que permitió —en, recuérdese, un mercado que tradicionalmente se calificaba por ciertos organismos internacionales como extraordinariamente rígido— la aparición de más de dos millones de nuevos desempleados en apenas un año y medio, y la duplicación, o incluso más, de la tasa de desempleo, prácticamente el veinte por ciento, mientras en otros países como Alemania permanecía prácticamente igual, incluso con una caída inicial del PIB muy superior a la española.

Por ello no es extraño que, ya desde un principio, los documentos del Gobierno señalaran esta dualidad como una de las debilidades del sistema, y que tras rechazar la conocida propuesta del contrato único —que como es bien sabido hundía sus raíces en ideas comunitarias<sup>6</sup> y planteaba notables dudas jurídicas<sup>7</sup> — ubicara esta cuestión en el centro del debate, focalizando en esta segmentación, en sus efectos cíclicos sobre la destrucción del empleo, en la consiguiente rotación y en la escasa inversión en formación que motivaba, cuatro de las cinco grandes debilidades de nuestro sistema.

En este punto, la opción propuesta por los documentos y acogida finalmente por la reforma legal de 2010 no era ciertamente novedosa<sup>8</sup>: abordar la contratación temporal y la indefinida como dos caras de una misma moneda, y plantear, por tanto, actuaciones en estos dos ámbitos. Unas actuaciones destinadas a reconducir la primera y a facilitar la segunda, a lo que se unían medidas que, por un lado, trataban de incorporar una mayor flexibilidad tanto interna como extintiva a la contratación indefinida —no ya tanto en la reducción directa de las indemnizaciones, sino en la redefinición y clarificación de las causas de extinción— unidas a la búsqueda de instrumentos que redujeran el coste de salida para el empresario sin merma de la cuantía realmente recibida por el trabajador —a la espera de la finalmente desechada opción por un Fondo como el austriaco—. A estos puntos, por tanto, en relación con las modalidades contractuales, dedicaremos nuestra atención en esta primera parte del estudio.

---

<sup>6</sup> En especial, en los itinerarios especializados propuestos primero por el Grupo de Expertos en Flexiguridad y más tarde por la propia Comisión Europea en su Comunicación “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” COM(2007) 359 final.

<sup>7</sup> Véase J.M. GOERLICH PESET, “¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?”, en Relaciones Laborales, 2010, n. 1.; J. LAHERA FORTEZA, “Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único”, en Relaciones Laborales, 2010, n. 1; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Sobre el contrato de trabajo único”, en Relaciones Laborales, 2009, n. 1; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único”, en Relaciones Laborales, 2010, n. 1. La respuesta a buena parte de estas observaciones en S. BENTOLILA, M. JANSEN “La viabilidad jurídica del contrato único”, disponible aún en [http://www.crisis09.es/ebook\\_propuesta\\_laboral/Propuesta\\_reactivacion\\_laboral\\_art\\_7.pdf](http://www.crisis09.es/ebook_propuesta_laboral/Propuesta_reactivacion_laboral_art_7.pdf)

<sup>8</sup> En cambio, era llamativo comprobar como aunque la reforma del estatuto de los trabajadores en misión y del propio campo de actuación de las ETT tiene sin duda su claro reflejo sobre la segmentación, los documentos del Gobierno primero, y la propia reforma después, la extrajeron de este concreto campo de actuación para incorporarlo a su ámbito natural o material, esto es, a la intermediación y colocación. La lógica, por tanto, de este punto de la reforma de 2010 era diferente y se centraba en la trasposición de la Directiva 2008/104/CE. De ahí que no le prestemos mayor atención en estas notas. Del mismo modo que, igualmente, tanto los documentos del Gobierno, como la posterior reforma legal, extraían igualmente de esta línea de actuación, de lucha contra la segmentación, el tratamiento de los contratos formativos. Estos, lejos de abordarse como una modalidad temporal estructural más —lo que nunca fueron, o al menos, nunca debieron ser a pesar de cierta doctrina reciente del Tribunal Supremo—, se incorporaron a una línea completamente distinta como es la de la lucha contra el desempleo juvenil. De ahí que lejos de desincentivarse, se tratase de fomentar su uso racional, sobre todo en relación con el contrato formativo y que, por tanto, los mismos tampoco sean objeto de atención en estas páginas.

## II.1. La reforma de la contratación temporal estructural en la Ley 35/2010

En este contexto, y en relación, como decimos, con la contratación temporal estructural, las reformas introducidas por la Ley 35/2010 –tras desechar nuevamente otras cuestiones– se centraron en tres puntos.

### II.1.1. La duración máxima del contrato de obra o servicio.

El primero de ellos fue la fijación de una duración máxima para el contrato de obra o servicio que ahora –ya que como veremos nada de esta regulación ha sido objeto de atención por el RDL 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral– no podrán superar los tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

Se trata, seguramente, de una duración excesivamente amplia para ser contundente<sup>9</sup>, pero que plantea innumerables problemas técnicos. Vayamos, pues, por partes.

#### II.1.1.1. Estructura técnica de la reforma

Para comprender la importancia, en primer lugar, técnica de esta modificación –que suponía, por otra parte, una notable ampliación de los plazos más reducidos que se preveían en el último documento del gobierno de 9 de junio de 2010 y que barajaba una duración máxima de dos años, similar a los del art. 15.5 ET, ampliables hasta seis meses más por la negociación colectiva<sup>10</sup> – debemos partir de un hecho indudable. Y es que históricamente el contrato de obra o servicio se ha caracterizado en nuestro ordenamiento por ser un contrato sometido a un término incierto en el momento de su acaecimiento –esto es, *certus an incertus quando*– frente a otras modalidades como el contrato eventual, cuya desconexión con la duración concreta de la acumulación de tareas se justificaba por su carácter de relación sometida a término cierto, tanto en su an como en el momento concreto de su producción.

Desde esta óptica no debe extrañarnos que para un destacado sector de la doctrina –en un interpretación ciertamente literal de una norma no especialmente afortunada en su técnica– esta novedad legislativa hubiera podido desvirtuar un tanto la causalidad exigible<sup>11</sup>, o incluso la propia naturaleza del contrato<sup>12</sup>, al centrar su perspectiva no ya en la actividad a realizar, sino en el elemento temporal, llegando incluso a sostenerse que esta nueva regulación hubiera podido romper la distinción de esta modalidad con el contrato eventual<sup>13</sup>. En efecto, esta cons-

<sup>9</sup> Se coincide, por tanto, con J.M. GOERLICH PESET, "La contratación temporal en la reforma laboral de 2010" en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo*, (dir. I. GARCÍA-PERROTE, J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, 2010, p. 48.

<sup>10</sup> Disponible aún en <http://mun.do/aLIJdf>. Sobre los motivos de esta ampliación conectándolo con algunas prácticas convencionales L. MELLA MÉNDEZ "La desincentivación de la contratación temporal en España por la reforma laboral de 2010", en *Documentación Laboral*, 2010, n. 90, p. 62-63.

<sup>11</sup> Por ejemplo, A.V. SEMPERE NAVARRO, A.I. PÉREZ CAMPOS, "Contrato para obra o servicio determinado" en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, (dir. A.V. SEMPERE NAVARRO), Aranzadi, 2010, p. 173-174.

<sup>12</sup> J. GÁRATE CASTRO, "La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 1, Tomo 1, (LA LEY 15077/2010).

<sup>13</sup> Véase C. TRIGUEROS, A.V. SEMPERE NAVARRO, "Contrato para obra o servicio determinado", en AAVV., *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, (coord. F. CAVAS MARTÍNEZ, J. LUJÁN ALCARAZ) Laborum, 2010, p. 30; A.V. SEMPERE NAVARRO, A.I. PÉREZ CAMPOS, "Contrato para obra ...", cit., p. 174. En este mismo sentido de acercamiento entre el contrato de obra y el eventual J. MORENO GENE, "La contratación por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral del 2010", en *Aranzadi Social*, num. 1/2011, BIB2011\426; L. MELLA MÉNDEZ "La desincentivación de la contratación temporal...", cit., p. 63.

trucción partiría, al menos a mi juicio, de una interpretación de la norma en virtud de la cual la reforma habría introducido dos términos resolutorios del contrato: uno, el tradicional, incierto en cuando, mientras que el otro, novedoso, de tres años ampliables a cuatro, sería cierto tanto en el cuando como en el *an*. De ahí que se sostuviera, en primer lugar, la posibilidad de extinguir el contrato de obra o servicio por el acaecimiento del término de los tres años aunque subsistiera la obra<sup>14</sup>; que, en segundo lugar, la norma pudiera llegar a producir la utilización masiva de esta modalidad al poderse identificar como obra o servicio cualquier actividad ordinaria o extraordinaria y vincular esta actividad a un plazo de ejecución dentro de los límites temporales permitidos<sup>15</sup>; o, incluso, que se llegara a plantear la posibilidad de que, aplicando la tácita reconducción del art. 49.1.c) ET, la continuación de la actividad laboral tras la finalización de la obra o servicio pudiera motivar la tácita reconducción de la duración del contrato hasta su duración máxima<sup>16</sup>. De esta forma, el legislador habría sacrificado la lógica causal en aras de una mayor seguridad jurídica<sup>17</sup>.

El problema es que si se analiza con detenimiento, y, sobre todo, desde la óptica que produjo su incorporación, no creemos que esto fuera así. A pesar de su seguramente confusa redacción legal, de los documentos previos y de la finalidad del precepto se deducía y se deduce, a mi juicio con claridad, que, en realidad lo único que la ley quiso y quiere establecer es una duración máxima de la naturaleza temporal de la relación, no de la relación en sí. Es este calificativo “temporal” —desde una perspectiva lingüística— lo que se limita en el tiempo, pero no la propia relación que, por ello, devendrá fija —obsérvese, no indefinida— sin discontinuidad alguna ni, por tanto, extinción y renacimiento como necesariamente supondría la consideración de este plazo como término —de necesario acaecimiento por tanto, a diferencia de la condición— resolutorio.

Por tanto, y en buena técnica jurídica, lo que se incorpora no es un segundo término resolutorio de la relación, cierto tanto en el cuando como en el *an*, sino sólo y simplemente una frontera temporal del único término resolutorio al que está sometida la relación: el agotamiento o finalización de la obra o servicio determinado. Se trataría, si se nos permite la expresión, de un límite temporal del único término resolutorio al que está sometido el contrato. Por tanto, éste segundo “término” no tenía ni tiene realmente efecto resolutorio alguno sobre el contrato. Al contrario, actuaba y actúa única y limitadamente sobre el término resolutorio al que está sometida la relación, cuando han transcurrido tres años desde su estipulación, eliminando en ese momento dicho elemento accesorio del contrato.

A partir de ese momento, por tanto, la relación laboral, libre ahora de un término resolutorio que ha decaído por el simple transcurso del tiempo, se convierte en indefinida, y la finalización de la obra o servicio desaparece, al menos como término resolutorio de la relación. Es cierto que su finalización podría llegar a tener efectos extintivos, pero como una simple causa productiva o genéricamente empresarial, y, por tanto, sometida a las mismas reglas y exigencias previstas en los art. 51 y 52 ET.

Desde esta construcción los efectos de la reforma eran muchos más limitados de lo que temió el ya comentado y autorizado sector doctrinal. La naturaleza de la relación temporal seguiría siendo, durante estos tres años, la misma. El objeto de la prestación laboral que justificaría

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, C. TRIGUEROS, A.V. SEMPERE NAVARRO, “Contrato para obra o servicio...”, cit., p. 29.

<sup>15</sup> Véase C. TRIGUEROS, A.V. SEMPERE NAVARRO, “Contrato para obra o servicio...”, cit., p. 30.

<sup>16</sup> Parece, no obstante, negarlo A. V. SEMPERE NAVARRO, A.I. PÉREZ CAMPOS, “Contrato para obra...”, cit., p. 176.

<sup>17</sup> En este sentido, V. SEMPERE NAVARRO, A.I. PÉREZ CAMPOS, “Contrato para obra..”, cit., p. 174.

la estipulación del contrato de obra o servicio determinado seguiría siendo en todo momento el mismo. Debería y debe tratarse necesariamente de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia cuya duración, aunque limitada en el tiempo, es en principio, de duración incierta. La finalización de la misma sigue siendo el único término resolutorio al que está sometido este contrato. Y del mismo modo, la duración del contrato sigue siendo la duración de esta obra o servicio, que, como decimos, es el único término resolutorio de esta relación mientras siga siendo un contrato temporal de obra o servicio. Y ello porque, en definitiva, y por decirlo gráficamente, es el término resolutorio típico de este contrato el que queda ahora sometido a un término cierto en su duración, desapareciendo —sólo este término como elemento accesorio del negocio— automáticamente por el mero trascurso del tiempo, y convirtiéndose por tanto en indefinida en ese momento a dicha relación —cuando acontezca, claro está, el mencionado lapso de tiempo.

Por tanto, correctamente interpretado, no se produjo ni se ha producido ninguna “descausalización” de este contrato temporal que justificase su utilización para cualquier necesidad, ni, al menos a mi juicio, resultaría admisible que continuándose la obra se pretendiera por el empresario extinguir el contrato al agotarse los tres años, alegando que ahora, por naturaleza, esta modalidad nunca podrá exceder dicha duración<sup>18</sup>. Volvemos a repetir que el término cierto —los tres o cuatro años— sólo actúa sobre el elemento accesorio del contrato, pero nunca sobre la relación que se encuentra en otro plano. De ahí que bajo ningún concepto cupiera utilizar esta reforma para intentar desconectar la duración del pacto de la obra o servicio, permitiendo sin más la extinción empresarial a la finalización de los tres o cuatro años aunque la obra o servicio permanezca activo<sup>19</sup>, del mismo modo que el resto de la regulación reglamentaria de este contrato debe permanecer incólume salvo su conversión *ope legis* en indefinido por el mero transcurso de dicho plazo.

Finalmente, y por todo lo antes dicho, tampoco parece admisible que continuándose la actividad una vez finalizada la obra o servicio con una duración inferior a tres años, el empresario pretendiera aplicar el art. 49.1.c) ET y prolongar un contrato descausalizado hasta el término cierto antes señalado<sup>20</sup>. El plazo de tres años o cuatro años no es —volvemos a repetir— un término resolutorio del contrato —cuyo advenimiento es lo que regula el art. 49.1.c) ET— sino un “término del término”, cuyo acaecimiento lo único que extingue es el término resolutorio al que sí estaba sometida la relación —la conclusión de la obra y servicio—, eliminándolo, y convirtiendo la contratación en indefinida, y creo que debe entenderse, ordinaria. De ahí que si una vez finalizada la obra o servicio se continuara con la prestación, la relación devendría indefinida sin que pudiera pretenderse su continuación como temporal, ni mucho menos pretender su posterior extinción por el acaecimiento del “término” cierto de tres o cuatro años que, como decimos, habría seguido en su momento la misma suerte del único término resolutorio al que estaba y está sometida la relación: la finalización de la obra o servicio.

---

<sup>18</sup> Se coincide por tanto con la interpretación de J. LAHERA FORTEZA, “La reforma de la contratación laboral”, en *Relaciones laborales*, 2010, n. 21-22, p. 53 y con D. MONTOYA MEDINA “La reforma de la contratación temporal en la ley 35/2010”, en *Aranzadi Social* num. 1/2011, (BIB 2011\428) a quien se remite para una más amplia referencia bibliográfica. En este mismo sentido, creo, L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit. p. 63 y 64, quien tras plantear esta hipótesis, parece rechazar la posibilidad de tal extinción.

<sup>19</sup> En este mismo sentido J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal en la reforma laboral...”, cit., p. 49.  
<sup>20</sup> C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 103.

### **II .1.1.2. El papel de la negociación colectiva (estatutaria)**

En cualquier caso, lo que sí establecía la norma era la posibilidad de que mediante convenio colectivo —debe entenderse, claro está, estatutario— se ampliase dicha duración como máximo<sup>21</sup>, doce meses más. Pero obsérvese, en primer lugar, que en este caso, y a diferencia de lo que acontecía en el contrato eventual, ya no se exigía ni se exige justificación alguna al convenio. La norma no hace mención ni a razones estacionales ni a las singularidades de la obra o sector<sup>22</sup>, si bien es obvio que esta posible ampliación no permitiría la ampliación de su duración una vez la obra o servicio se haya realmente extinguido. Volvemos a repetir que, al menos a nuestro juicio, lo único que hace la ley es permitir que este límite máximo de la temporalidad o, si se prefiere, del término resolutorio, se amplíe convencionalmente, siempre que esta obra o servicio permanezca viva —ya que si no, nada habría que regular—, y siendo, por tanto, la obra o servicio la que, dentro de los máximos legales o convencionales, marcará la vigencia de la relación hasta, en su caso, su conversión en fijo cuando se alcance la nueva duración máxima de este “término del término”.

Además, y en segundo lugar, obsérvese que esta relación entre fuentes se establecía expresamente por la ley con un único tipo de convenio, el convenio sectorial, lo que suponía en la práctica que dicha posibilidad pareciera vedada al resto de tipos funcionales de convenios, y en especial, a los de empresa, y seguramente a los de grupo o de agrupación de varias empresas individuales<sup>23</sup>. Estos últimos convenios —obviamente, al igual que los de sector— podían, al menos a mi juicio, establecer una duración inferior a estos tres años, ya que el precepto analizado parece configurarse como una norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorada por cualquier convenio, con independencia de su ámbito funcional. Y ello porque sería cuanto menos extraño que todo tipo de convenio pudiera identificar estas tareas, pero no evitar aquellas de duración superior a un cierto plazo<sup>24</sup>. Pero, como decimos, lo que no parecía posible es que estos tipos funcionales de convenio ampliaran dicho plazo de tres años, debiendo considerarse nulas las cláusulas de este tipo que pudieran incorporarse en los mencionados convenios.

Es cierto que en este punto, y como veremos, las posteriores reformas de la negociación colectiva han apuntado claramente a una potenciación del convenio de empresa, en primer lugar, de manera más relativa en el caso del RDL 7/2011, y en segundo lugar, de forma más absoluta por el RDL 3/2012. Pero creo que en ningún caso debe alterarse la anterior prohibición de ampliación presente, por lo demás, también en el caso del contrato eventual. Y ello ya que el nuevo art. 84.2 ET sólo atribuye “prioridad aplicativa” al convenio de empresa en relación con la adaptación de las modalidades contractuales en aquellos aspectos “que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa”, sin alterar, por tanto, las reglas específicas del art. 15 ET. Y del mismo modo parece evidente que estas reglas no encajan en el amplio, pero exhaustivo listado de materias sobre las que ahora puede producirse la inaplicación, obsérvese, en último término ya no necesariamente negociada sino “arbitrada” contemplada ahora unitariamente en el art. 82.3 ET.

---

<sup>21</sup> Y ello porque como recuerda L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit., p. 64 también podría producirse un incremento menor.

<sup>22</sup> Recordando esta omisión, por todos, A.V. SEMPERE NAVARRO, A.I. PÉREZ CAMPOS, “Contrato para obra..”, cit., p. 175.

<sup>23</sup> En este sentido, igualmente, C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 104.

<sup>24</sup> Vid. C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 104.

En cualquier caso, y en tercer lugar, llama la atención que incluso entre convenios sectoriales, la norma establece como regla específica una clara prelación entre los mismos, al señalar como prioritario al convenio sectorial estatal, y, sólo en “su defecto”, a los de ámbito inferior. Esta prelación, que no es ciertamente nueva y que seguramente esconde un cierto resquemor ante la contratación colectiva sectorial provincial debido a sus antecedentes en la regulación de las modalidades contractuales —especialmente tras la reforma de 1994—, debe considerarse, al menos a mi juicio, una norma especial y un desarrollo más concreto de las reglas generales de concurrencia entre convenios de sector establecidas en el art. 84 ET<sup>25</sup>. Y ello porque al menos a mi juicio la norma impone la regulación sectorial estatal como unidad o nivel preferente de regulación. De ahí que existiendo esta, toda la cuestión se “cerrase” a las unidades inferiores<sup>26</sup>.

Finalmente, el hecho de situar al convenio sectorial estatal como unidad o nivel adecuado de negociación hace que la interpretación de este “en defecto” sea ciertamente complicada. Seguramente en el análisis casuístico de los posibles supuestos que se planteen en el futuro debería primar la búsqueda real del valor que a este silencio dieron los propios negociadores en el nivel estatal. Pero en caso de duda, parece lógico considerar que con su mero silencio el convenio sectorial estatal no habría querido cerrar esta posibilidad a los niveles sectoriales inferiores. Esta posibilidad, atribuida por el legislador, sólo quedaría vedada cuando expresamente se estableciera así por los propios negociadores sectoriales en el ámbito estatal<sup>27</sup>. En cambio, lo que es más discutible, aunque sí parece razonable, es si existiendo previamente el convenio sectorial de ámbito inferior, la aparición de un nuevo convenio sectorial estatal que regulase esta materia permitiría la afectación en este concreto punto del convenio anterior en el tiempo, rompiendo, así la regla *priori in tempore* del art. 84.1 ET. Por último, lo que en cambio sí parece evidente es que el nuevo art. 15.1.a) ET nada establece si la relación media entre dos convenios sectoriales, ninguno de los cuales sea estatal. De ahí que en estos casos, nada impida aplicar las reglas generales del art. 84 ET<sup>28</sup>.

### **II.1.1.3. La duración máxima del contrato de obra o servicio (III): naturaleza automática, no rogada y ope legis de la transformación**

Por otra parte, también nos interesa destacar aquí que, transcurrido este plazo, el contrato se convierte automáticamente en fijo, desvinculándose así, a los efectos del art. 49.1.c ET, de los avatares futuros de la obra o servicio determinado que en un principio lo sometió a término<sup>29</sup>. Ciertamente, y como ya hemos señalado, la finalización de aquella obra o servicio podría acabar repercutiendo en la extinción de la relación, pero ahora como causa de despido empresarial —seguramente productiva—, al suponer la misma una disminución de los servicios que coloca en el mercado la organización<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Nuevamente C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 104 y ss.

<sup>26</sup> Igualmente, C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 105.

<sup>27</sup> La posición contraria en L.M. CAMPS, “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010” en AAVV., La reforma laboral en la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 para quien “literalmente, «en defecto» de convenio estatal significa solamente inexistencia de convenio estatal, situación a la que no puede equiparse la de existencia de un convenio estatal en el que no se autorice la ampliación del plazo máximo legal de la modalidad de contratación de que se trate”.

<sup>28</sup> Más detenidamente, C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”,

<sup>29</sup> Véase, nuevamente, C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 106.

<sup>30</sup> Cuestión distinta era que si teníamos en cuenta el abono por parte del FOGASA de parte de la indemnización por este tipo de despido empresarial —en aquel momento y de forma ciertamente amplia en virtud de la DT 3 Ley 35/2010—, lo cierto es que dicha conversión suponía realmente un incremento de indemnización para el trabajador, pero no necesariamente una ampliación del coste final para el empleador si la relación cumplía con las exigencias establecidas en la mencionada DT 3. No obstante, y en este punto debe tenerse en cuenta las sucesivas modificaciones sufridas por esta función del FOGASA sobre las que volveremos en la segunda parte de este trabajo.

En cualquier caso, y retomando el carácter automático y no rogado de esta conversión, es importante destacar que esta novación se producía y se produce automáticamente y por imperio de la Ley, sin que por tanto, pueda intentarse su condicionamiento a una petición previa del trabajador o su posterior reconocimiento por el empresario o incluso por la propia jurisdicción<sup>31</sup>. La ley no establecía ni establece esta regla como un derecho del trabajador a solicitar esta transformación, sino que transcurridos estos tres o cuatro años, la novación por desaparición o “caducidad del término” se produciría automáticamente y por imperio de la misma Ley. De ahí que la comunicación del empleador en los diez días siguientes —naturales se entiende— prevista en el nuevo art. 15.9 ET actúe como una mera comunicación formal de un cambio ya acontecido y cuya omisión, por lo demás, ya aparece claramente sancionable como un mero incumplimiento formal más al amparo de la LISOS (art. 1.ocho Ley 35/2010).

Y del mismo modo, no parece necesaria en ningún momento una solicitud del trabajador. De ahí que no pueda plantearse la posibilidad un plazo de prescripción para el ejercicio de este derecho que, como decimos, no se configura como tal, sino como una recalificación del contrato, impuesta directamente por la Ley. La norma, todo lo más, permite que el trabajador se dirija por escrito al Servicio Público de Empleo correspondiente para reclamarle un certificado, en este caso, del contrato de trabajo de duración determinada celebrado. Pero sólo como ayuda para conocer una situación creada ya por imperio de la propia ley<sup>32</sup>.

#### **II.1.1.4 La duración máxima del contrato de obra o servicio (IV): el concurso de normas con el art. 15.5 ET y la sucesión de contratos**

Sea como fuere, la aparición de esta nueva regla planteó un complejo e interesante problema en aquellos supuestos en los que la contrata o concesión administrativa se renovase, o se extinguiese una, suscribiéndose inmediatamente otra idéntica entre ambas partes con el mismo contenido, provocando que, en algunos casos, las empresas procedieran a renovar la relación contractual, en ocasiones a través de un nuevo contrato o en otros supuestos, mediante un documento de “prórroga” de esta relación que alterase la duración o, por último, mediante la simple declaración del cambio externo acaecido, y sin alteración, por tanto, del término resolutorio del pacto<sup>33</sup>.

La cuestión, en efecto, no era ni será baladí, sobre todo a partir del 1 de enero de 2013, ya que si existe sucesión de contratos, la norma aplicable no sería el art. 15.1.a) ET, que parte de

---

<sup>31</sup> En este mismo sentido, C.L. ALFONSO MELLADO, “Las actuaciones para reducir la temporalidad...”, cit., p. 106; L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit. p. 62.

<sup>32</sup> En una línea similar se mueve, nuevamente, el interesante trabajo de D. MONTROYA MEDINA “La reforma de la contratación temporal...”, cit., de acuerdo con el cual “La nueva previsión normativa no tiene mayor relevancia al tratarse de obligaciones formales y, por tanto, meramente declarativas. Ni el incumplimiento por el empresario de la expedición del pertinente documento, impedirá la transformación del contrato indefinido, que opera ope legis, ni el certificado que pudiera emitir el SPEE producirá más efectos que los meramente informativos para las partes. Como es lógico, superados los plazos establecidos por el art. 15.1 a) sin que la relación laboral se haya extinguido y, en su caso, emitido el certificado por el SPEE, el trabajador podrá solicitar al empresario la expedición del correspondiente documento. Si el empresario no lo hace, el trabajador podrá ejercitar la pertinente acción declarativa ante la jurisdicción social.” En este mismo sentido, J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 56.

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión véase de nuevo, A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p. 239.

la existencia de un único contrato y plantea requisitos más rigurosos, sino el art. 15.5 ET<sup>34</sup>, cuyo campo de aplicación, como veremos, se vio ciertamente aclarado y ampliado en la reforma de 2010, pero que, no debe olvidarse, seguía siendo inaplicable en aquellos casos en los que hubiera habido un solo contrato.

Esta dualidad de normas aplicables –volvemos a reiterar, y como veremos, a partir del 1 de enero de 2013, al menos en el momento de cerrar estas líneas– era importante, repetimos, ya que a diferencia de lo que ocurría en el documento del Gobierno de 9 de junio, las duraciones exigidas en ambas normas eran y son ya diferentes: mientras en el supuesto de sucesión contractual la duración máxima es de veinticuatro meses en un periodo de treinta –duraciones no ampliables por lo que parece por convenio–, en la segunda, que parte de la unidad de la relación, la duración del contrato exigida para su conversión es más amplia –tres años–, ampliables, además, por convenio colectivo sectorial.

Pues bien, a nuestro juicio es evidente que si el empresario y el trabajador acordaban y convalidaban la extinción del primer contrato temporal y la suscripción de otro nuevo entre idénticas partes y con el mismo objeto, parecía razonable que, como ya sucedía en una incipiente doctrina de duplicación –previa, eso sí, a la nueva redacción del art. 15.1.a) ET– se aplicase el art. 15.5 ET, repetimos, menos riguroso en cuanto a lapsos temporales, en la interpretación amplia que ya utilizaban mayoritariamente estas sentencias y que sin duda se vio avalada por la nueva redacción legal. Pero sobre ello volveremos poco más tarde.

Por ahora nos interesa destacar como la cuestión se tornó más compleja cuando lo que acontecía era la simple “prórroga” o, sobre todo, la simple “continuación” de aquel primer contrato<sup>35</sup>. Pues bien, en estos casos, lo paradójico era que la misma doctrina del Tribunal Supremo que desde 2008 con claridad impide la extinción de estos contratos de obra en tales casos –una doctrina destinada, por tanto, a dar algo más de estabilidad en una relación esencialmente inestable– supondría un importante obstáculo para la aplicación del art. 15.5 ET, remitiendo la cuestión, por lo que parece, al más exigente art. 15.1.a) ET. Y ello porque partiendo de que la primera norma no es aplicable cuando existe un único contrato, y que, como tantas veces se ha señalado, el mismo concepto de prórroga casa mal con esta modalidad contractual, esta doctrina del Tribunal Supremo parece sostener –a mi juicio, con acierto– que la duración de

---

<sup>34</sup> En este sentido se inclina la Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, núm. 137/2010 de 9 marzo de 2010 (AS 2010\1043) de acuerdo con la cual “sin que para excluir este último requisito pueda aducirse que los servicios se prestaron en diversas campañas pues, como se razona en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2009 (AS 2009, 1877), “tal tesis no puede acogerse, pues de hacerlo se llegaría al resultado de que nunca podría aplicarse el precepto en los casos de sucesión de contratos de obra o servicio determinado, lo cual es claramente contrario a la norma, pues como ya se ha indicado el art. 15.5 recoge un nuevo supuesto de reiteración de contratos temporales, como medida dirigida a salir al paso de la temporalidad excesiva aunque no haya fraude, y por ello pese a que los contratos respondan a cada uno de los proyectos, el puesto desempeñado es el mismo, ya que en ningún momento han variado la categoría ni el grupo profesional ni tampoco el centro de trabajo ni las tareas realizadas, que según la sentencia son similares a lo largo de toda la relación laboral”. En un caso más claro aún, en el que se alega una suspensión que no es tal STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social) núm. 288/2010 de 2 noviembre (JUR 2011\22185).

<sup>35</sup> Esta misma duda en A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p.239.

este tipo de contratos está ligada, para bien o para mal, a la duración no ya tanto de la contrata como de la actividad que esta genera a la empresa subcontratista<sup>36</sup>.

El problema ahora es que, sin entrar en el añejo tema de si esta posible ligazón entre contrata y obra o servicio desnaturaliza o no a esta modalidad contractual<sup>37</sup>, la consecuencia de aplicar a este proceso la doctrina del Tribunal Supremo, sería considerar que lo que se produciría en estos casos es una simple reubicación, externa a la relación, del cuando del término y no el acaecimiento de uno y la fijación de otro en el mismo o en un nuevo pacto contractual. En definitiva, que en estos casos, siempre, claro está, que se mantengan las mismas partes de la relación, una aplicación estricta de la misma doctrina paradójicamente tuitiva del Tribunal Supremo, nos llevaría a interpretar que las exigencias son las del art. 15.1.a ET, lo que, por lo demás, estaría de acuerdo con algunos de los documentos del Gobierno en el que se establecía esta duración como una medida alternativa a la non nata desconexión entre contrata y contratación temporal de obra o servicio<sup>38</sup>. Pero, como les digo, la cuestión dista de ser clara ante la diversidad casuística que puede plantearse.

#### **II.1.1.5. La duración máxima del contrato de obra o servicio (V): la aplicación temporal de la reforma: convenios y contratos**

Finalmente, dos cuestiones más relativas a la aplicación de esta reforma en el tiempo. La primera hace referencia, no ya tanto a la negociación colectiva en general, como, más en concreto, a los convenios colectivos sectoriales vigentes en el momento de entrada en vigor de esta ley, con independencia, obsérvese, de su concreto ámbito territorial. Para todos estos convenios –y sólo para estos, remarcamos–, la DA 1 Ley 35/2010, señalaba que la nueva redacción del art. 15.1.a ET “se entiende sin perjuicio de lo que establecen actualmente los convenios colectivos sectoriales sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados”.

---

<sup>36</sup> SSTs de 17 y 18 junio 2008 (RJ 2008\4229 y 2008\4449) que, para supuestos en que se había producido dicha renovación de contrata, declaran: “mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface”, Ratificando esta posición, aunque resulte inaplicable al supuesto concreto SSTs de 12 mayo 2009 (RJ 2009\3117). Sobre la anterior doctrina véanse, por todas, las STS 22 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8390) y de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2398), de acuerdo con las cuales “al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del art. 49. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquella se refería. El precepto que se denuncia como infringido expresamente prevé la extinción por la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, con la misma finalidad. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por la suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que, por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello”.

<sup>37</sup> El último de los hitos conocidos en este proceso, al menos en el momento de cerrar definitivamente estas líneas, en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 diciembre 2011 (RJ 2012\1890).

<sup>38</sup> Sobre el tema véase J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal en la reforma...”, cit., p. 47

De ello se deducía que este tipo de convenios, durante su vigencia<sup>39</sup> —o la de aquella parte del convenio en la que estas normas se integran— serán inmunes a la nueva regulación legal tanto sobre la duración máxima de los mismos como, al menos a nuestro juicio, a la nueva articulación entre los distintos niveles de negociación en esta concreta materia que pudieran existir en dicho ámbito de actividad económica. En los convenios de empresa, a contrario sensu, la actuación será inmediata, provocando la nulidad de aquellas cláusulas que hubieran podido establecer duraciones más prolongadas del termino resolutorio —no más cortas como ya hemos señalado—, aunque como se verá dichas cláusulas seguirán rigiendo para los contratos estipulados con anterioridad en virtud de la DT 1 Ley 35/2010.

En este punto la singular ubicación de este precepto, recuérdese, no en una disposición transitoria, sino en una adicional que, además, en su segundo punto, y como veremos, salva de la aplicación de estas reglas al cada vez más independiente sector de la construcción, hace que pudiera suscitarse incluso si esta salvedad legal no podría llegar a considerarse como una forma de legalizar cláusulas de convenios en las que, por la prolongación de su duración, se habría desnaturalizado la propia tipicidad de esta modalidad. A mi juicio, esto no es así. A pesar de que su singular ubicación en una disposición adicional pueda resultar sorprendente, creemos que estamos ante una mera norma transitoria, que desde luego no estaba destinada a “legalizar” cualquier regulación sobre la duración de este tipo de contrato. Y ello porque tanto antes como ahora la labor de la negociación colectiva no puede alcanzar a desnaturalizar el contrato temporal o a intentar hacer renacer, a través de esta modalidad, otras ya extintas<sup>40</sup>.

Por otra parte, la DT 1 Ley 35/2010, con una lógica similar a la de otras reformas en relación con las modalidades contractuales, se limitaba a señalar que la nueva redacción de este precepto sólo sería de aplicación a los contratos de obra o servicio determinado suscritos a partir de la fecha de la entrada en vigor de aquella. Ello supone un importante retraso en la efectividad de esta norma<sup>41</sup>, si bien debe señalarse que dado que realmente el cambio normativo se produjo con el RDL 10/2010, de 16 de junio, es la entrada en vigor de este la que marca la fecha a partir de la cual los contratos de obra estipulados dejarán de ser temporales a los tres años de su estipulación.

### II.1.2. La reforma del límite temporal en el uso sucesivo de contratos temporales

La segunda modificación de calado en el régimen de la contratación temporal introducida por la Ley 35/2010 fue la reforma del primer párrafo del art. 15.5 ET. Como se recordará, la reforma de 2006 procedió a trasponer —de forma seguramente bastante más correcta e intensa— la cláusula 5 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración

<sup>39</sup> Como recuerda, J. GÁRATE CASTRO, “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 1, Tomo 1, (LA LEY 15077/2010) “El problema es la determinación del momento hasta el cual seguirá observándose esa duración máxima convencional; si aquel será el de la finalización de la vigencia inicial, de la vigencia prorrogada o de la situación de ultraactividad del correspondiente convenio sectorial”. A mi juicio, parece razonable concretarlo al periodo establecido en el propio convenio de vigencia, con independencia de los fenómenos de prórroga o ultraactividad. Señalando que una vez finalizada esta vigencia será necesario aplicar las reglas legales también en estos sectores J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 51.

<sup>40</sup> Véase, por todas, la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2003, 704).

<sup>41</sup> Opinión prácticamente unánime en la doctrina. Por todos, L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit., p. 81; J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal en la reforma...”, cit., p. 48.

determinada, incorporada como Anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, que, teóricamente al menos, ya había sido incorporada por la Ley 12/2001 de 9 de julio a nuestro ordenamiento<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Esta Directiva, relativamente reciente, posee, sin embargo, un amplio corpus jurisprudencial del Tribunal de Justicia que parte de una premisa fundamental: los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen o deberían constituir la forma general de relación laboral –Sentencia del Tribunal de Justicia 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C 212/04, Rec. p. I 6057, apartado 61–; de ahí que, “el recurso a contratos de duración determinada reviste un carácter excepcional en relación con los contratos de duración indefinida” – Sentencia del Tribunal de Justicia 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C 212/04, Rec. p. I 6057, apartado 61–. Desde esta premisa, la finalidad específica de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo –que es la que, en el fondo, inspiró la redacción de este art. 15.5 ET en la reforma de 2006– consiste en prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, sin que en cambio sea aplicable a aquellos casos en los que exista un único contrato –Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de noviembre de 2005, Mangold, Asunto C-144/04, apartado 43; más recientemente Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de noviembre de 2009, Lagoudákis, Asuntos acumulados C-162/08 a 164/08–. Estas tres posibilidades –entre las que no existe ninguna prelación o jerarquía como también recordó el propio Tribunal frente a la interpretación sostenida en algún momento por la propia Comisión (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008, Impact, asunto C 268/06 apartados 75 y 76)–, se centran respectivamente, en la exigencia de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones de trabajo, en el establecimiento de una duración máxima total de estos sucesivos contratos o relaciones de trabajo, o con el número de renovaciones de los mismos. La elección de uno o varios de estos criterios o incluso la simple aplicación de otras medidas legales existentes equivalentes y efectivas para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva y sucesiva de contratos de duración determinada –Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2011, Deutsche Lufthansa AG, asunto C-109/09, con cita, nuevamente, de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2006, Adeneler Asunto C 212/04, apartado 105, de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, asunto C 53/04, apartado 49, y de 7 de septiembre de 2006, asunto C 180/04, Vassallo apartado 34.– quedaría a la libre elección de los Estados miembros teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, lo que supone la existencia de un amplio margen de apreciación. Y ello, claro está, con la condición de garantizar el resultado exigido por el Derecho de la Unión, así como la no violación de otros principios del Derecho de la Unión –Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de julio de 2006, Adeneler Asunto C 212/04, apartado 68, Auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 apartado 87, y la Sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C 378/07 a C-380/07, apartado 80–. Por ello, el Tribunal también ha señalado que no cumpliría los requisitos especificados de esta cláusula 5 del Acuerdo incorporado como Anexo en la Directiva 1999/70, una disposición nacional que se limitase a autorizar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto a través de una norma legal o reglamentaria, lo que puede tener su interés con algunas exclusiones concretas, como más tarde se verá en el texto de este documento. Para el Tribunal “una disposición de esta índole, que no justifique específicamente la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada por la existencia de factores objetivos derivados de las particularidades de la actividad de que se trate y de las condiciones en que ésta se desarrolla, entraña un riesgo real de suscitar una utilización abusiva de este tipo de contratos, por lo que no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco – Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2011, Deutsche Lufthansa AG, asunto C-109/09, con cita específica del no menos conocido y comentado asunto Adeneler y otros, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de julio de 2006, asunto C 212/04,., apartado 71 y 72–. En cualquier caso, lo que también es importante recordar, en tercer lugar, es que a diferencia de lo que ocurrió con la cláusula cuarta del mencionado Acuerdo, el Tribunal de Justicia ha declarado, ya desde un principio, que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco no era, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional especialmente cuando se trate de relaciones laborales frente al Estado u otro poder público –véase, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2009 Angelidaki, asuntos acumulados C 378/07 a C 380/07, apartado 196.

### II.1.2.1. La regulación del art. 15.5 ET en la reforma de 2006: sus carencias y problemas.

Pues bien, como ya hemos señalado, y tras el “paréntesis” –por denominarlo de alguna manera– que supuso la redacción del art. 15.5 ET en el año 2001 –con una simple remisión a la negociación colectiva<sup>43</sup> –, lo cierto es que el AMCE y sus posteriores recepciones normativas procedieron a dar una nueva redacción del mencionado precepto con, sin duda, “un mayor grado de ajuste a la directiva comunitaria mencionada” como por otra parte no dudo en declarar la doctrina de suplicación y el propio Tribunal Supremo<sup>44</sup>.

Con esta medida estrella –que ya en su momento pretendió justificar la ausencia de la tantas veces postulada y nunca alcanzada ruptura entre subcontratación y contrato de obra o servicio–, se estableció una regla de conversión ope legis en contratos indefinidos –en principio, parece que ordinarios<sup>45</sup> y seguramente con las características de aquel en que acontezca la conversión, no del prevalente<sup>46</sup> – de aquellas relaciones temporales en las que cupiera apreciar tres elementos.

<sup>43</sup> Esta remisión seguramente pretendió justificarse por el hecho de que la regla de causalidad de la contratación temporal, obsérvese, no plena en nuestro modelo, ni entonces ni ahora, ya era una medida legal eficiente y equivalente para evitar encadenamientos abusivos y sucesivos de contratos temporales. Pero sobre este tema volveremos en la segunda parte del presente trabajo.

<sup>44</sup> La expresión en la STSJ de C. Valenciana, núm. 3225/2009 de 3 noviembre (AS 2010\260). En un sentido similar véase la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 886/2009 de 20 octubre (AS 2009\2971), así como la reciente STS de 19 julio 2010 (RJ 2010\7128), de acuerdo con la cual: “Tan escasa regulación de lo que se pretendía fuese instrumento eficaz de cumplimiento del referido Acuerdo Marco suscrito entre las organizaciones interprofesionales de carácter general, la Unión de confederaciones de la industria de la Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP) y la Confederación europea de Sindicatos (CES), se discutió en su momento si cumplía con las previsiones de la cláusula quinta del referido Acuerdo Marco que asume la Directiva.” Por lo demás, esta conexión entre la Directiva 1999/70/CE y el art. 15.5 ET ha sido igualmente destacada por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 diciembre 2010 (RJ 2011\42) al declarar que esta regla “consagra y... obedece a la obligada incorporación -a nuestro ordenamiento interno- de la Directiva 1999/70..., relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada”. Véanse igualmente las SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 febrero 2011 (JUR 2011\94344) y de 22 junio 2011 (RJ 2011\5944).

<sup>45</sup> Sobre la posibilidad –o, según esta doctrina, imposibilidad– de que a través de este mecanismo la conversión se produzca hacia un contrato fijo discontinuo, véase la STSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 602/2010 de 28 octubre (JUR 2011\22353). Desde una perspectiva doctrinal L. MELLA MENDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit. p. 70 quien sostiene la naturaleza ordinaria del contrato indefinido, si bien cabría la posibilidad de “que el nuevo contrato indefinido lo sea a tiempo parcial, fijo periódico o fijo discontinuo, si las características del trabajo así lo exigen”. Recuérdese, por último, que de acuerdo con la recientísima Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 8 de marzo de 2012, Huet, asunto C-251/11, “la cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro, que establece en su normativa nacional la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido cuando los contratos de trabajo de duración determinada han alcanzado una cierta duración, no está obligado a exigir, en el contrato de trabajo por tiempo indefinido, que se reproduzcan de modo idéntico las cláusulas principales que figuran en el contrato anterior. No obstante, para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, dicho Estado miembro deberá velar por que la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos”.

<sup>46</sup> Esta parece ser la más probable opción de nuestros Tribunales para A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p. 249, n. 34.

En primer lugar, la existencia de dos o más contratos temporales, excluidos los contratos formativos, de relevo o de interinidad<sup>47</sup>, con independencia de su concreta calificación jurídica<sup>48</sup> y del hecho de que, como es bien sabido, si existe una cierta continuidad en los mismos, la presencia de un contrato temporal en fraude de ley, viciaría de acuerdo con nuestra jurisprudencia los restantes con independencia de la existencia en estos últimos de causa real. La redacción originaria, por tanto, no limitaba la duración máxima de un único contrato temporal<sup>49</sup> y tan sólo excluía estas tres concretas modalidades contractuales, lo que pronto planteó su aplicación o no a otras modalidades como los contratos temporales para personas con discapacidad, los contratos celebrados por empresas de inserción en un itinerario personalizado, u otros establecidos por normas específicas en el sector público, como, por ejemplo, y destacadamente, los profesores asociados en el ámbito universitario. Pero sobre ello volveremos algo más tarde<sup>50</sup>.

En segundo lugar, la norma también exigía la identidad de sujetos entre estas relaciones temporales computables, con la única excepción de los supuestos de contratos temporales celebrados con ETT, en los que dicha identidad se exigía en relación con la empresa usuaria<sup>51</sup>. Esta identidad provocó, evidentemente, dos tipos de problemas. Los primeros, los sempiternos relacionados con los grupos de empresa. A nuestro juicio, cuando nos encontrábamos ante un auténtico trabajador del grupo, dada su movilidad entre las distintas sociedades o empresas que lo configuran, o ante un grupo "patológico", en el que mediante la aplicación de las conocidas reglas jurisprudenciales, procedía levantar el velo e imputar solidariamente la responsabilidad a la única empresa en la que se confundían personal, medios, dirección y actividad, parecía

---

<sup>47</sup> Un caso de esta inaplicación en TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3754/2009 de 16 diciembre (JUR 2010\116936). En relación con esta exclusión resulta de interés la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2012, Kükük, asunto C-586/10 de acuerdo con el cual "la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco CDD debe ser interpretada en el sentido de que la necesidad temporal de sustitución de personal, prevista por una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, puede constituir en principio una razón objetiva a efectos de la citada cláusula. El solo hecho de que un empresario se vea obligado a realizar sustituciones temporales de manera recurrente, o incluso permanente, y de que esas sustituciones también pudieran llevarse a cabo mediante la contratación de trabajadores en virtud de contratos de trabajo de duración indefinida no implica la inexistencia de una razón objetiva a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco CDD ni la existencia de un abuso en el sentido de la misma cláusula. No obstante, al apreciar si la renovación de los contratos o de las relaciones laborales de duración determinada está justificada por esa razón objetiva, las autoridades de los Estados miembros, en el ejercicio de sus respectivas competencias, deben tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, incluidos el número y la duración acumulada de los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados en el pasado con el mismo empresario".

<sup>48</sup> Véase la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 886/2009 de 20 octubre (AS 2009\2971) para la que "en esta nueva normativa no es preciso el fraude de ley y los contratos pueden ser regulares". En este mismo sentido véase, por ejemplo, STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 392/2010 de 31 marzo (JUR 2010\175038); TSJ Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 50/2010 de 27 enero (AS 2010\1845). En la doctrina, por todos, A.V. SEMPERE NAVARRO, "Limitaciones a la contratación temporal en el artículo 15.5 ET", en AAVV., La reforma laboral de 2010, cit., p. 235 y 236 quien resalta que también se computarían los periodos de contratación temporal ilegal. En este mismo sentido M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal", en Temas Laborales, 2006, n. 85, p. 38 y 42.

<sup>49</sup> Ampliamente por todos, A.V. SEMPERE NAVARRO, "Limitaciones a la contratación temporal en el artículo 15.5 ET", cit., p. 237.

<sup>50</sup> Sobre la aplicación o no de esta regla a las relaciones laborales especiales, y sobre varias de estas dudas véase, ampliamente, y por todos, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Nuevas reglas, nuevos problemas ...", cit., p.39 y ss.

<sup>51</sup> Véase TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª), sentencia núm. 947/2010 de 11 junio (AS 2010\1707)

razonable —como decimos— la consideración conjunta de dichas relaciones con independencia del empleador formal que en cada momento pudo aparecer en el contrato. Pero cuando en cambio nos encontrábamos ante un grupo real, en el que con independencia de su conexión económica y de gestión, cada sociedad conservaba una cierta autonomía en su gestión, la aplicación de esta regla resultaba más que discutible<sup>52</sup>. Y algo similar sucedía, no ya tanto cuando se producía una clara transmisión de empresas del art. 44 ET —en cuyo caso seguramente cabía la aplicación de la regla<sup>53</sup>—, sino cuando se planteaba una mera subrogación de algún trabajador en la nueva contrata<sup>54</sup>.

El tercer requisito se centraba en que dichas contrataciones eso sí, sucesivas —sin que, no obstante, se especificara nada más sobre este concepto aunque implícitamente era evidente que no podía transcurrir más de seis meses para que aconteciera el supuesto— debieran abarcar más de veinticuatro meses —con independencia, obsérvese de que se prestasen o no efectivamente servicios, lo que permitía incluir los periodos de suspensión<sup>55</sup>— en un periodo de treinta. Como se comprenderá, era éste un campo especialmente minado, un auténtico semillero de problemas, en la medida en que lejos de utilizar el término días<sup>56</sup> o incluso horas, se eligió un periodo de referencia mensual sin reglas de prorrateo. Ello planteaba problemas, por ejemplo, con los contratos a tiempo parcial —aunque parecía lógico considerar cada día de vigencia del contrato, al menos con los horizontales, como un día a efectos de cómputo<sup>57</sup>, planteándose, eso sí, más dudas en el caso de los verticales—, o con aquellos meses no totalmente cubiertos por el contrato —aunque parecía lógico, no obstante, agruparlos y posteriormente proceder a su mensualización con un periodo de referencia de treinta días—, aunque era evidente que cuando el contrato cubría completamente el mes natural, este se computaba como tal aunque no se alcanzaran los treinta días.

En cualquier caso, qué duda cabe de que el principal punto oscuro del precepto se planteó en relación con la última identidad exigida en el mismo. Y es que la norma requería igualmente que estos más de veinticuatro meses se prestaran en el mismo puesto de trabajo, sin dar mayores especificaciones sobre este término que aparecía, eso sí, en otros múltiples preceptos del ET, pero sin un concepto claro y unívoco.

<sup>52</sup> Más ampliamente, y por todos, A. MATORRAS DÍAZ CANEJA “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 18. (BIB 2007\2512); M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Nuevas reglas, nuevos problemas ...”, cit., p. 46. En este sentido, de exclusión del grupo, aunque sin aclarar si de todos los grupos o sólo de los fisiológicos, parecía moverse la SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 8/2010 de 12 febrero (AS 2010\692) —si bien, y como se recordará, esta sentencia fue posteriormente anulada por falta de motivación por la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 noviembre 2010 (RJ 2010\9170)— “Este precepto del ET, sin embargo, no siempre se refiere a grupos de empresas por lo que solo es aplicable a la misma empresa, sin que la fijación de un tiempo de 25 meses, cuando se trata de varias empresas del mismo grupo, vulnere tal norma legal, pues entra dentro de la facultad negociadora por no hacerse referencia a este supuesto en el art. 15.5 del ET, que habla de contratos “para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa”.

<sup>53</sup> Nuevamente A. MATORRAS DÍAZ CANEJA “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 18. (BIB 2007\2512)

<sup>54</sup> Favorable a su aplicación también en estos casos bajo la anterior regulación M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Nuevas reglas, nuevos problemas ...”, cit., p.45.

<sup>55</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p. 248.

<sup>56</sup> De acuerdo, por tanto, con A. MATORRAS DÍAZ CANEJA “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 18. (BIB 2007\2512)

<sup>57</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p. 248.

Pues bien, aunque es cierto que dentro de los aún escasos pronunciamientos de suplicación sobre esta materia previos a la reforma existía alguna Sentencia, a mi juicio aislada, que parecía asumir una interpretación rigurosa y/o formal de este requisito<sup>58</sup>, y que un muy autorizado sector de la doctrina se mostró contrario a esta interpretación, quizás excesivamente amplia<sup>59</sup>, lo cierto es, como decimos, que la mayor parte de esta doctrina de suplicación parecía moverse –repetimos, en esta fase previa a la reforma de 2010– en una línea bastante más espiritualista y teleológica<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Véase la STSJ Castilla y León 17 marzo 2010 (AS 2010, 1546), respecto de un empleado de Ayuntamiento, y de acuerdo con la cual “los trabajos han sido concertados para diferentes funciones en diferentes puestos de trabajo [...] siempre ha desempeñado las funciones de monitor pero para categorías profesionales diferentes dependiendo del proyecto suscrito en cada momento en el contrato y por consiguiente no concurren los supuestos exigidos en el artículo 15.5”.

<sup>59</sup> M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal”, en *Temas Laborales*, 2006, n. 85, p. 47-48.

<sup>60</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 noviembre 2009 (AS 2010, 260). Aún más laxa es la interpretación asumida en la STSJ Andalucía (Sevilla) 18 febrero 2009 (AS 2009, 1468), en la que en el primero de los contratos era de auxiliar, Grupo Profesional 6, art. 17 del Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, mientras en el en el segundo de los contratos era de oficial, integrado en el grupo cuarto, II Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, de 14 octubre 2006, art. 16.1. En este sentido amplio puede igualmente consultarse la Sentencia TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 797/2008 de 5 marzo (JUR 2008\323646): “La expresión, mismo puesto de trabajo, ha de ser interpretada a la luz de la normativa sobre clasificación profesional y movilidad funcional, artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que ha de estarse, para la identidad del puesto de trabajo, a la más genérica de categoría o grupo profesional, o sea en base a las aptitudes profesionales, titulación y contenido general de la prestación, por lo que cabe incluir tanto diversas categorías, como distintas funciones o especialidades profesionales para hablar de mismo grupo, debiendo entenderse que hay igual, o equivalente, categoría, cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de una, permite el desempeño de las funciones básicas de la segunda, aún cuando se requiera la realización de pruebas simples de formación o adaptación, art. 22 del Estatuto. De aquí que el art. 39 del mismo cuerpo legal admita la movilidad funcional en el caso de que se cumpla la identidad de las titulaciones académicas o profesionales exigidas para el puesto, y la pertenencia a un grupo profesional, y si estos no estuviesen definidos pueda llevarse a cabo cuando las categorías profesionales sean equivalentes... y por más que la denominación del servicio a realizar no coincida, es lo cierto que la actora realizaba en ambos contratos funciones, esencialmente, coincidentes, y con aptitud para el desempeño iguales, titulación idéntica y contenido general de la prestación igual, siendo la labor fundamental la investigación, para la que se usaban idénticas técnicas y se apoyaban en los mismos presupuestos de trabajo, buscándose idénticos resultados, en definitiva, lo que queda constatado con lo que se expresa en el hecho Tercero de la Sentencia que, en cambio, y aún reconociendo todo ello, se centra, para determinar la diversidad de los objetos de las contrataciones, en la mera literalidad del servicio concreto de la investigación en cada caso, y de aquí derivar que el puesto de trabajo es diferente cuando, y según lo antes expuesto, es igual”. Con una orientación ciertamente similar la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 269/2009 de 22 abril (AS 2009\1700) y STSJ de Castilla y León (Burgos), n. 21/2011 de 20 enero (AS 2011\24) citando en este mismo sentido “Sentencia de esta misma Sala de lo Social de 25-3-2010 (AS 2010, 1579), STSJ de Asturias de 17-4-2009 (AS 2009, 1086), STSJ de Madrid de 30-6-2010 (JUR 2010, 311745) en la que expresamente se señala “la cuestión planteada ha sido resuelta por esta Sala en sentencias, entre otras, de 22 de abril de 2009, recurso 1288/09 (AS 2009, 1700).”.

y, desde luego, claramente antiformalista<sup>61</sup>; una línea defendida, además, por buena parte de la doctrina y de acuerdo con la cual el concepto de puesto de trabajo no sería “un concepto unívoco sino complejo, el cual admite múltiples acepciones e integra tanto aspectos funcionales como locativos, por lo que habrá de interpretarse de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma. De ahí que pudiera sostenerse, haciendo prevalecer la lectura finalista de la norma sobre su interpretación literal, que se estaba ante el mismo puesto de trabajo cuando se desempeñaban durante veinticuatro meses las tareas que la empresa asignaba diariamente, sin acudir a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, respetando el contenido del contrato y ejerciendo sólo movilidad funcional ordinaria<sup>62</sup>”; o, desde otra perspectiva quizás aún más clara, que “serían computables los períodos de ocupación acumulados bajo la serie de contratos cuyo «contenido funcional» sea equivalente o similar, atendiendo al tipo de necesidad o contingencia empresarial cubierta, a las tareas efectivamente encomendadas bajo cada contrato de la serie y al sistema de clasificación profesional de referencia en la empresa, aunque el puesto ocupado dentro del organigrama empresarial no sea -formal y/o realmente- siempre el mismo<sup>63</sup>”.

---

<sup>61</sup> TSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2047/2010 de 5 julio. (AS 2010\1727) “Asume la resolución judicial un concepto de puesto de trabajo no ya formal, sino formalista, que ni se acomoda al art. 15.5 ET, ni cuenta con otro apoyo normativo. La identificación por la Agencia Estatal demandada de cada puesto de trabajo mediante un código numérico y su inclusión necesaria con ese código en las sucesivas relaciones de puestos de trabajo de la demandada, no puede suponer la pérdida de contenido material al concepto de puesto de trabajo. De atender al criterio de la Juzgadora de instancia, en la Administración pública sería inoperativa la restricción de la contratación temporal que conlleva el art. 15.5 ET y el efecto que establece. Ciertamente surgen las dudas sobre el alcance del concepto, que ni puede reducirse al sentido defendido por la parte demandada, ni se confunde con el concepto más amplio de categoría profesional que se obtiene a partir de los arts. 22, 24 y 39 ET. Cada categoría profesional se diseña, normalmente, con la integración de tres elementos - aptitudes profesionales del trabajador, titulaciones del trabajador y contenido general de la prestación de servicios a realizar por el trabajador (tareas, funciones y responsabilidades laborales)- y al mismo tiempo marca expresa o implícitamente las diferencias con las demás categorías profesionales (o con las más próximas). El puesto de trabajo se integra por esos elementos de la categoría profesional, con la particularidad de que el contenido real de la prestación que lo forma no tiene que ser siempre el general de la categoría (el conjunto de tareas, funciones y responsabilidades) pero ha de ser una parte mayor o menor del mismo que no se confunda con los posibles puestos de otra u otras categorías. Por tanto, una categoría profesional puede comprender y en la mayoría parte de los casos comprenderá varios puestos de trabajo. En los contratos temporales de la demandante concurren las circunstancias para apreciar la existencia de un mismo puesto de trabajo. Aun cuando cada contrato tuvo por objeto una obra o servicio autónomo a los efectos del art. 15.1 a) ET., las aptitudes profesionales y titulación requeridas para la prestación de servicios no variaron y el contenido de las tareas, funciones y responsabilidades laborales tampoco pueden considerarse distintas, en el sentido ahora analizado. Dentro de una mismo departamento y grupo de investigación constituidos en el INCAR, la actora prestó servicios en dos proyectos bajo una misma dirección en los que el contenido real de la prestación, aparte de requerir en ambos casos la titulación académica -licenciada en química- y las aptitudes profesionales ostentadas por la demandante, no diferían en elementos esenciales que variaran la posición del demandante dentro del equipo investigador o la naturaleza de los cometidos y responsabilidades asignados”.

<sup>62</sup> L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit. p. 76. En esta misma dirección parecían moverse otros autores como F. CAVAS MARTÍNEZ, SEMPERE NAVARRO o J. LAHERA FORTEZA en los trabajos previamente mencionados.

<sup>63</sup> Nuevamente MATORRAS DÍAZ CANEJA “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 18. (BIB 2007\2512).

Desde esta perspectiva amplia, antiformalista y teleológica, mayoritaria en la doctrina de su-plicación en aquel momento, se trataría por tanto de una exigencia centrada en los aspectos funcionales y de tareas equivalentes<sup>64</sup> –por ejemplo las ligadas a una específica titulación<sup>65</sup> –, aún más cuando existía coincidencia locativa<sup>66</sup> –especialmente cuando existiera expresa pre-visión colectiva en este sentido<sup>67</sup> –, sin que fueran relevantes los aspectos de simple denomi-nación del puesto o del proyecto<sup>68</sup> o los meramente formales<sup>69</sup> ; una interpretación esta avalada por el principio de interpretación conforme a los valores de la propia Directiva, pero que plantea-ba sin duda, por su casuismo, un semillero de problemas con su consiguiente impacto de con-flictividad judicial, que mermaba la seguridad del empleado y, por tanto, la eficacia real de la norma en cuestión, en la que, además, incumbía obviamente al trabajador la carga de la

---

<sup>64</sup> TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3253/2010 de 24 noviembre (JUR 2011\79409) “realizado idénticas funciones”, aunque en un caso fuera ayudante de mantenimiento y oficios, in-cluido en el grupo profesional nivel 7 –primer contrato– y ayudante de actividades técnicas y profesionales, incluido en el grupo profesional 5 en el segundo. Esta identidad de funciones aún más clara en la STS de 13 septiembre 2011 (RJ 2012\681).

<sup>65</sup> Véase la reviente STS 22 junio 2011( RJ 2011\5944).

<sup>66</sup> Véase la reviente STS 22 junio 2011( RJ 2011\5944). En cambio una minusvaloración de este aspecto en la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª), sentencia núm. 382/2009 de 25 mayo, (AS 2009\1766). De acuerdo con la misma, en su sentido general y propio, la significación del puesto de trabajo guarda referencia con las funcio-nes o labores desempeñadas por el trabajador, con independencia de factores geográficos o de ubicación física, siendo el contenido específico de estas funciones lo que determina su categoría profesional, sea cual fuere el lugar en que se realicen dentro de la organización empresarial, de forma que en definitiva lo que el lenguaje normativo designa como puesto de trabajo encarna un sentido intrínseco de naturaleza funcional.

<sup>67</sup> Sería el caso de la STSJ de País Vasco, núm. 896/2010 de 30 marzo (AS 2010\2532) que excluye la aplicación del art. 15.5 ET a un contrato fijo de obra por la definición que del puesto de trabajo da el Convenio Colectivo aplicable. Véase posteriormente la STS de de 25 mayo 2011 (RJ 2011\5817).

<sup>68</sup> TSJ Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 724/2010 de 13 diciembre., (JUR 2011\59137) “el puesto de trabajo era siempre el mismo, con diferente denominación pero encuadrado en el mismo grupo pro-fesional (G4), no pudiendo confundirse el puesto de trabajo con las tareas a desarrollar como consecuencia de la ejecución de diferentes pedidos o proyectos de investigación que desarrolle la empresa demandada, pues la tarea era siempre la misma.. En una línea similar, véase TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 229/2010 de 25 marzo (AS 2010\1579): “No son puestos de trabajo distinto por el hecho que in-tervengan distintas unidades militares y a las operaciones se le den distintas denominaciones y así se reflejen en los sucesivos contratos firmados, tales extremos no configuran ni determinan el puesto de trabajo sino que este viene fijado por la actividad o función que se desempeña y el lugar donde se presta que como antes hemos dicho son los mismos.” Obsérvese, no obstante, que la importancia de este aspecto locativo no es realmente tal dado que en este caso se trataba de un traductor contratado para misiones en “todo el territorio de Kosovo y Macedo-nia”. Igualmente Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid , Sentencia núm. 392/2010 de 31 marzo (JUR 2010\175038): “en ningún momento han variado ni la categoría -técnico especialista de laboratorior- ni el centro de trabajo, que lo han sido las dependencias e instalaciones de la Universidad demandada -en con-creto estuvo adscrita al departamento de Microbiología y Genética-, ni tampoco las tareas realizadas, que según la sentencia han sido siempre las mismas en los diferentes periodos y proyectos”.

<sup>69</sup> STSJ de C. Valenciana, núm. 3225/2009 de 3 noviembre (AS 2010\260) “debe entenderse que se da cuando se hallan prestado servicios con la misma categoría profesional desarrollando trabajos propios de la categoría, siendo que en nuestro caso, tal requisito concurre si se considera que fue contratado exigiéndole la misma titu-lación para desarrollar trabajos de la misma categoría y que además tenían por objeto la investigación sobre mo-luscos, sin que el hecho de que fueran distintos los proyectos de investigación sea obstáculo para considerar que se desarrollaba el mismo puesto de trabajo, ya que resultaría absurdo que solo se considerara que se contrata para el mismo puesto de trabajo cuando la investigación fuera idéntica”.

prueba<sup>70</sup> de todos los elementos del supuesto de hecho, y en especial, de la homogeneidad de las tareas o funciones desarrolladas durante este tiempo y de un aspecto locativo progresivamente destacado por la más reciente —y posterior a la reforma— doctrina del Tribunal Supremo<sup>71</sup>.

### II.1.2.2. Las innovaciones en el art. 15.5 introducidas por la Ley 35/2010.

Por todo ello no pueden sino aplaudirse algunas —al menos— de las distintas innovaciones incorporadas por la Ley 35/2010 que venían, seguramente, a dar mayor seguridad a este precepto, aunque nuevamente el legislador parecía haberse quedado corto, dejando sin abordar algunas de las dudas antes planteadas.

En especial, llamaba la atención que la reforma de 2010 no hubiese atacado la encadenación de contratos de trabajo temporales con distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo —la encadenación objetiva— estableciendo al menos una regulación legal supletoria frente al habitual silencio de los negociadores colectivos a los que se remitió la cuestión, nuevamente, en el año 2006<sup>72</sup>. En efecto, a pesar del hecho de que en esta última norma se sustituyó la “descomprometida” llamada a la negociación colectiva de 2001 —«los convenios colectivos podrán establecer...»— por una previsión de tono imperativo —«la negociación colectiva establecerá...»—, la ausencia de toda referencia a esta materia en el art. 85 ET —al regular el contenido necesario de los convenios estatutarios— unida a la omisión de cualquier previsión de sanción ante su más que previsible omisión, minimizaba la eficacia de una norma<sup>73</sup> que ha tenido, por lo demás, escasos efectos en nuestra negociación colectiva. Pero dejémosnos de lamentar de lo que pudo ser, y centrémonos en las reformas legales que la Ley 35/2010 sí introdujo, con independencia de los posteriores avatares de su vigencia, cuestión esta que será analizada en la segunda parte de este trabajo.

La primera de estas innovaciones legales hacía referencia a la posibilidad de que los servicios se presten en la misma empresa o, se añade ahora, grupo de empresas. Ya hemos señalado anteriormente que, al menos a nuestro juicio, el grupo de empresas “ficticio” como unidad empresarial a la que imputar solidariamente las responsabilidades de cada una de las falsas empresas, ya se encontraba cubierto por la expresión anterior<sup>74</sup>. De ahí que, al menos en nues-

<sup>70</sup> TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 862/2010 de 3 febrero. (AS 2010\1355): “Nada nos permite tener por acreditado al efecto que, y aún manteniendo una misma categoría profesional, el puesto de trabajo atendido por el trabajador sea el mismo. Basta para ello con observar que las funciones que es posible asignar dentro de una misma categoría profesional son enormemente variadas. Considerar por ello que se está ante un mismo puesto de trabajo es un presupuesto del que no disponemos y que nos lleva, como habíamos advertido, a desestimar la alegación formulada al efecto por el recurrente”.

<sup>71</sup> Véase, la recientísima doctrina recogida en la STS de 8 de febrero de 2012 (JUR 2012\102033) en donde se traslada a otros sectores cercanos la exigencia locativa impuesta por la negociación colectiva propia del sector de la construcción.

<sup>72</sup> Véase A. J. VALVERDE ASECIO, “Una limitación a la sucesión de contratos temporales. Un análisis del art. 15.5 ET”, en *Relaciones Laborales*, 2008, T/II.

<sup>73</sup> Las expresiones son del interesante trabajo de A. MATORRAS DÍAZ CANEJA “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 18. (BIB 2007\2512) a quien se remite para un más detenido análisis de la doctrina científica emanada en torno a la anterior redacción del art. 15.5 ET. En un sentido similar, con diversas propuestas, L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit., p. 79.

<sup>74</sup> Pueden aplicarse aquí las reflexiones sobre las diferencias entre grupos ficticios y reales de la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 septiembre 2010 (RJ 2010\8441).

tra opinión, debe interpretarse que la actual mención al grupo no hace referencia sólo a aquellos casos en los que existe un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, o una prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo, o la creación de empresas aparentes sin sustento real, o la más clásica situación de confusión de plantillas, patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección<sup>75</sup>, sino también a aquellos supuestos en los que sin reunir las anteriores características se aprecie simplemente la existencia de un grupo de empresas o sociedades a los efectos del art. 42 Código de Comercio, al que se remite, como de todos es sabido, el actual art. 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>76</sup>. El hecho de que además no se trate de un grupo patológico coincidiría con una norma que parte de la inexistencia de ilegalidades para imputar a la mera reiteración temporal de contratos legales, la indefinición de la relación<sup>77</sup>.

De esta forma, mientras estuvo vigente esta nueva norma –sobre sus avatares posteriores, repetimos, volveremos en la segunda parte de este trabajo– deberían computarse todas las contrataciones temporales –salvo claro está, las excluidas– que se realicen en cualquiera de las empresas del grupo. Y de hecho, en este supuesto la única duda podría provenir del sujeto con el que finalmente se mantendría la relación laboral indefinida, que a mi juicio no sería evidentemente el grupo –carente en este sentido de virtualidad–, sino la concreta empresa o sociedad del grupo con la que esté vigente la relación laboral del hasta entonces trabajador temporal cuando se produzca el supuesto de hecho que provoca la conversión ope legis del contrato en indefinido<sup>78</sup>.

La segunda novedad se centraba igualmente en el campo de la identidad empresarial sosteniéndose ahora que “lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan el supuesto de sucesión o subrogación empresarial, conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”. Ya hemos destacado como la omisión de ambos aspectos, y los consiguientes problemas que podría plantear, fueron rápidamente destacados como una de las posibles carencias del texto legal de 2006, si bien se propuso que la básica conservación de la relación podría permitir en ambos casos la aplicación del precepto<sup>79</sup>. Hoy, en cambio, ya no cabe duda de esta posibilidad<sup>80</sup>. Lo importante en estos casos es la permanencia del trabajador en la actividad, con independencia de la existencia durante este lapso de dos, tres o incluso más empresarios, produciéndose la conversión con aquella empresa que en ese momento ostente la posición de empleador. Y aunque la norma no hace referencia expresa a ella, parece razonable interpretar que este mismo efecto se producirá cuando la subrogación se produzca como consecuencia de la simple aplicación de las exigencias impuestas en el pliego de contratación, lo que será aún más claro cuando la transmisión, aún de meros elementos personales, suponga la transmisión de una entidad económica que conserve su identidad ya que en ese caso nos moveremos simplemente en el puro ámbito del art. 44 ET que sí esta expresamente contemplado por la nueva norma legal<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Por todas, y para una interesante recapitulación de esta doctrina, con amplia referencia jurisprudencial, véase la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 julio 2010 (RJ 2010\7280) a la que por brevedad nos remitimos.

<sup>76</sup> Véase, por ejemplo, L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit., p. 76. En sentido contrario A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p. 242 quien limita esta referencia a los grupos de empresa a los que podríamos denominar como patológicos “sin que baste la concurrencia de la figura desde la óptica del Derecho Mercantil”.

<sup>77</sup> En este mismo sentido, J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 54.

<sup>78</sup> Vid. J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 55.

<sup>79</sup> J. LAHERA FORTEZA, “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en AAVV., *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, p. 59 y ss.

<sup>80</sup> Por todos, L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit., p. 76.

<sup>81</sup> Sobre los problemas relativos a la aplicación o no de la normativa de transmisión de empresas en los supuestos de mera sucesión de contratados, nos remitimos por brevedad a lo que ya señalamos en “Transmisión de empresas, sucesión de contratados y sector público”, en *Temas Laborales*, 2012, n. 114, p. 205 y ss.

La tercera reforma, y sin duda una de las de mayor calado, fue la eliminación de la exigencia de desarrollo de la actividad en el mismo puesto de trabajo. Como ya señalamos, este requisito constituía un auténtico semillero de problemas. De ahí que la nueva redacción no debiera sino aplaudirse, ya que a mi juicio, lo que se pretendía era simple y llanamente su desaparición<sup>82</sup>. Cuestión distinta son los problemas que pudo seguir provocando en virtud de las reglas de derecho transitorias establecidas en la Ley 35/2010; unas reglas especialmente complejas pero en las que, dado el tiempo transcurrido, no nos detendremos<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Para otros autores, en cambio, la modificación no es clara y puede seguir generando problemas interpretativos V. SEMPERE NAVARRO, A.I. PÉREZ CAMPOS, "Contrato para obra.", cit., p. 178.

<sup>83</sup> Como se recordará, y de forma similar a lo acontecido con la reforma de 2006, la incorporación de esta regla venía acompañada de una norma de derecho transitorio que, como ya ocurriera con la simétrica norma del RDL 5/2006 y, posteriormente de la Ley 43/2006, estaba llamada a ser un nuevo semillero de problemas --véanse sobre aquella regla transitoria del año 2006 las SSTs de 19 de julio de 2010, (RJ 2010, 7128); 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 42); 15 febrero de 2011 (RJ 2011\2845); 19 abril 2011 (RJ 2011\4372) y 24 mayo 2011 (RJ 2011\5095)--. Es más, esta nueva regla está llamada seguramente a generar aún mayores dificultades en la medida en la que las posibilidades se multiplican en función, entre otros factores, de la fecha de formalización del contrato y de los criterios y del valor que a esta fecha de estipulación diésemos en relación con los requisitos para encadenar los contratos anteriores y posteriores a esa misma fecha. Si a todo ello sumábamos, además, que la nueva redacción legal apareció en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso, sin que sea fácil acceder a la enmienda --y a su justificación-- de la que procede, tenemos las razones por las que esta norma se ofrecía a muy diversas interpretaciones pudiendo plantear múltiples problemas a los interpretes y, por tanto, también a la propia jurisprudencia.

En este sentido, convendría comenzar recordando que la DT 2 RDL 10/2010 procedió a establecer una frontera aparentemente simple pero que ya suscitaba algunas dudas. Y ello porque, la mencionada Disposición se limitaba a señalar que la nueva redacción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores sería de aplicación "a los contratos de trabajo suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquél", mientras que para "los contratos suscritos por el trabajador con anterioridad, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo". Desde esta perspectiva, la normativa a aplicar estaba clara siempre que todos los contratos encadenados hubieran sido estipulados antes o después de dicha fecha. Si era con posterioridad, nada impediría la aplicación íntegra del nuevo texto del art. 15.5 ET. Si por el contrario el encadenamiento se producía entre contratos estipulados antes del 18 de junio, se seguiría aplicando la anterior regulación, aunque el cumplimiento de la totalidad de exigencias se produjera con posterioridad al 18 de junio, en concordancia con lo establecido en la DT 1 en relación, eso sí, sólo con los contratos de obra o servicio. El problema, en realidad surgía cuando el intento de encadenamiento se producía entre contratos temporales suscritos antes, pero también después del 18 de junio, y fundamentalmente, cuando entre ambos mediaban discrepancias que en un caso pudieran ser irrelevantes, pero que no lo serían según la anterior regulación --distinto grupo profesional y puesto de trabajo, por ejemplo--. En estos casos cabían, al menos a mi juicio, dos interpretaciones. La primera, y más apegada a la literalidad, entender que la puesta en liza de cualquier contrato estipulado con anterioridad al 18 de junio implicaba la aplicación de la anterior redacción del art. 15.5 ET y, por tanto, de sus, en general, más exigentes requisitos. La segunda, que contaba con el apoyo de una interpretación más conforme con la finalidad y espíritu de la directiva, partiría de considerar que el elemento nuclear para determinar las reglas y las exigencias que se aplicaría en su totalidad sería la fecha en la que se estipuló el contrato vigente en el momento en el que pretendía operar la conversión; esto es, normalmente el último y, por tanto, el más proclive a la admisión del encadenamiento. De ahí que, de acuerdo con esta segunda interpretación, para un contrato celebrado el 19 de junio de 2010 se deberían analizar todos los contratos celebrados con la misma empresa, grupo, o empresa cesionaria que no fueran de interinidad, formación o relevo en los últimos treinta meses, con independencia del puesto de trabajo desarrollado, o del hecho de haberlos prestado en empresas del mismo grupo fisiológico --en este sentido, por ejemplo, L.M. CAMPS RUIZ, "La reforma de la contratación temporal", en AAVV., La reforma laboral en el RDL 10/2010, Tirant lo Blanch, 2010, p. 27--.

Por último, y dejando a un lado la más amplia, y aviso ya, criticable regulación en torno a la Administración Pública, conviene resaltar que la reforma legal —ya que esta ampliación no estaba contemplada en la redacción del art. 15.5 ET dada por el RDL 10/2010— también amplía los contratos excluidos de dicha regla. Si en su versión originaria tan sólo se mencionaban a los contratos formativos, de relevo e interinidad —lo que a contrario parecía conducir a la inclusión de todos los demás<sup>84</sup>, siendo dudosa la incorporación de los de fomento del empleo de personas con discapacidad o, como veremos, los de profesores asociados—, en la actual redacción se incorporan a este grupo de relaciones excluidas “los contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como... los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”.

Por lo que se refiere a la primera incorporación, es obvio que la norma se refería a las actuaciones previstas en el art. 28 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, y que se concentraban --como

---

Era este el contexto en el que el Informe de la Ponencia incorporó una nueva redacción del precepto. Este mantenía incólume el régimen jurídico al que se someterían los contratos temporales suscritos antes de la entrada en vigor del RDL 10/2010 y durante cuya vigencia se pretendiera la conversión indefinida por la encadenación lícita de contratos. En este caso se mantenía la irretroactividad normativa al señalarse que “respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes del 18 de junio de 2010” —obsérvese, la fecha de entrada en vigor del RDL 10/2010, no de la Ley 35/2010— “seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo”. Aparentemente, respecto a los contratos suscritos tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010 se mantenía la misma regla de irretroactividad establecida en el RDL 10/2010 al señalar que “lo previsto en la redacción dada por esta Ley al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquélla”. Pero en realidad, lo realmente novedoso era el añadido de acuerdo con el cual —y con respecto a estos nuevos contratos— se señalaba que “respecto a los contratos suscritos por el trabajador 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 el vigente a 18 de junio de 2010”. La interpretación de este precepto puede ser objeto de múltiples interpretaciones. Pero a mi juicio, para su correcta comprensión debe partirse de la sustancial identidad entre este añadido legal en la DT 2 de la Ley 35/2010, y el de la DT 2 de la Ley 43/2006. De ahí que si queremos darle algo de lógica a este auténtico acertijo legislativo, lo que esta norma estaría intentando —vuelvo a repetir, al menos a mi juicio— era marcar las fronteras temporales en las que podrán “retrotraerse” los efectos de la nueva redacción del art. 15.5 ET, y, en especial, la inexigibilidad de que se tratase del mismo puesto de trabajo. Evidentemente, no creemos que la nueva norma legal quiera significar que, al igual que ocurrió en la Ley 43/2006, el único contrato que pudiera computarse a estos efectos fuera el vigente a 18 de junio de 2010. Una interpretación en dicho sentido, y absolutamente simétrica con la finalidad de la norma de 2006, sería ahora contraproducente y contraria a la finalidad del entonces nuevo precepto, que buscaba sólo hacer más efectivo el art. 15.5 ET. De ahí que consideremos que lo que el legislador pretendió fue, más modestamente, que las mayores facilidades previstas en dicha norma sólo se aplicasen a los contratos vigentes a 18 de junio de 2010, mientras que, para los anteriores, firmados con anterioridad, pero no vigentes, sí sería exigible la identidad por ejemplo, del puesto de trabajo aplicándosele a estos efectos la normativa anterior. De esta forma se limitarían “hacia atrás” la eficacia de dichas normas, que sólo serían aplicables para los contratos vigentes en su momento de entrada en vigor, mientras que para lograr encadenar los anteriores deberíamos estar a lo que en su momento establecía la anterior versión del art. 15.5 ET. Una interpretación, creo, similar es la que parecía mantener J. GÁRATE CASTRO, “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 1, Tomo 1, (LA LEY 15077/2010)--. Sobre estas cuestiones de derecho transitorio puede consultarse igualmente J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 56-57.

<sup>84</sup> Véase A.V. SEMPERE NAVARRO, “Limitaciones a la contratación temporal en el modificado...”, cit., p. 246

recuerda, por ejemplo, el art. 11 del Real Decreto 34/2008, de 18 de enero— en los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo. Esta inclusión podría causar cierta sorpresa en la medida en la que, como la propia regulación de algunos de estos programas recordaba, la modalidad contractual más adecuada en estos casos era el contrato para la formación<sup>85</sup> que ya se encontraba excluido bajo la anterior regulación legal<sup>86</sup>. Quizás la justificación de aquella novedosa exclusión se debía a la en aquel momento prevista reforma y reformulación de estos programas<sup>87</sup>. En cualquier caso, obsérvese que todos los contratos temporales, sean cuales sean sus modalidades, estipulados en el marco de programas públicos de empleo-formación quedan excluidos, lo que enlaza con el “singular” tratamiento que para la Administración Pública se da en esta Ley y sobre la que volveremos inmediatamente.

En cambio, la segunda referencia no hace referencia a cualquier contrato realizado por una empresa de inserción, sino tan sólo a los que sean considerados como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado siendo, al menos a mi juicio, tautológico el requisito añadido de que esta empresa esté registrada. Y ello en la medida en la que tal exigencia está ya incluida en los art. 4 y siguientes —especialmente art. 9— de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Obsérvese que esta norma no distingue entre las contrataciones basadas en el régimen general —art. 12— y las temporales de fomento del empleo previstas en el art. 15 de esta misma norma, aunque es obvio que la referencia a los itinerarios de inserción delimita subjetivamente esta exclusión que, como tal, debe interpretarse restrictivamente.

### **II.1.3. Excepciones, inaplicaciones y adaptaciones a las nuevas reglas incorporadas en el art. 15 ET: el contrato fijo de obra y la nueva redacción de la DA 15 ET. Dudas sobre la adecuación de esta última a la normativa y jurisprudencia comunitarias**

Finalmente, y ya para concluir este breve repaso a la reforma del art. 15 ET debemos detenernos, aunque sea brevemente, en el análisis de las distintas excepciones y adaptaciones que la propia reforma preveía para las dos reglas incorporadas o modificadas en el nuevo art. 15 ET.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, el art. 6 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 14 de noviembre de 2001, por la que se regula el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas y el art. 3.3 de la Orden de 14 de noviembre de 2001 por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho Programa. Recuérdese que, más allá de sus posteriores avatares, ambas normas se han declarado vigentes por el RDL 3/2012 de 10 de febrero.

<sup>86</sup> Sobre la mayor certeza jurídica que proporciona esta exclusión J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 56.

<sup>87</sup> Una vez elaborado este trabajo, y a escasos días de su impresión, fue publicado el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, cuyo artículo 3 añadió la DA 19 al ET de acuerdo con la cual “para aquellos proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, así como otros proyectos de empleo-formación promovidos por las Comunidades Autónomas, que hayan sido aprobados o estén pendientes de aprobación en base a convocatorias efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, se podrá utilizar la modalidad del contrato para la formación de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la aprobación de los citados proyectos o convocatorias. 2. El límite de edad y de duración para los contratos para la formación y el aprendizaje establecidos en las letras a) y b) del artículo 11.2, no será de aplicación cuando se suscriban en el marco de las acciones y medidas establecidos en la letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo”.

### **II.1.3.1. Las reglas especiales para el sector de la construcción**

La primera de ellas se encontraba –y aún se encuentra– en la DA 1 Ley 35/2010. De acuerdo con la misma, no ya sólo las reglas establecidas en el art. 15.1.a ET y en el art. 15.5 ET, sino también la progresiva ampliación de la indemnización de finalización de contrato prevista en el art. 49.1.c ET “según la redacción dada a la misma por la presente Ley” se entenderán “sin perjuicio de lo que establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la DA 3 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre”, de subcontratación en el sector de la construcción.

Como ya tuvimos ocasión de señalar<sup>88</sup>, esta norma sectorial no sólo tenía como finalidad legalizar una previa doctrina del Tribunal Supremo que había ratificado la legalidad de esta adaptación del contrato de obra o servicio<sup>89</sup> permitiendo a la negociación colectiva de ámbito estatal adaptar esta modalidad “en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”. También suponía, seguramente, exceptuar esta vieja modalidad, presente ya en la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970, de las reglas limitativas que se tramitaban en ese mismo momento en relación con la sucesión de contratos –art. 15.5 ET– blindando así una regulación contemplada en aquel entonces en el art. 20 IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción para el período 2007-2011<sup>90</sup>. En esencia, dicha regulación establecía, por un lado, y con carácter general, la posibilidad de utilizar esta modalidad para una sola obra, con independencia de su duración, pero también para aquellas ocasiones en las que el trabajador debiera prestar servicios en distintos centros de trabajo de una misma provincia, siempre que existiera acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolongasen más allá de dicho término.

En cualquier caso, la importancia de esta exclusión dependía obviamente, de la relación que hubiera podido derivarse entre norma general y norma especial –ET y Ley 32/2006<sup>91</sup>–, y del ámbito o de la norma estatutaria con la que en concreto, planteáramos tal excepción.

Así, y en primer lugar, esta exclusión no parece presentar tanta importancia en relación con el art. 49.1.c), ambos del ET, partiendo, eso sí, de la concreta regulación convencional actual. Y ello ya que al ser esta indemnización del 7% –tanto en la entonces vigente regulación sectorial como en la actual, sobre la que volveremos– “calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato”, es obvio que excede y excedía de la ahora establecida legalmente. De ahí que esta excepción, más que frente al presente se hiciera seguramente cara al futuro –recuérdese la expresión “pueda establecerse”– reflejándose una vez más la singularidad de un sector que va adquiriendo una enorme autonomía normativa con el paso de los años.

En segundo lugar, y en relación con la exclusión del art. 15.1.a ET, es obvio que la misma no parecería cobrar tanta importancia en relación con la modalidad de contrato relativa a varios centros de trabajo –art. 20.3 IV Convenio Colectivo General de la Construcción–. Es cierto que podía haberla tenido si se hubiera mantenido la redacción originaria de una de las últimas propuestas del gobierno que, como ya hemos visto reducía esta duración máxima a veinticuatro meses. Pero en la redacción actual los plazos tendían a coincidir<sup>92</sup>. Cuestión distinta era el su-

---

<sup>90</sup> Suscrito con fecha 22 de junio de 2007 y publicado en el BOE de 17 de agosto de 2007, n. 197.

<sup>91</sup> Para un ejemplo de esta relación entre ambas normas véase STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 octubre 2010 (RJ 2010\8461).

<sup>92</sup> Véase J.M. GOERLICH PESET, “La contratación temporal...”, cit., p. 52.

puesto general –art. 20.2 CCGC– en relación con el cual el convenio estatal de 2007 no contemplaba duración máxima, estableciendo tan sólo que el mismo terminaría “cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra”. Y ello porque interpretado literalmente supondría simple y llanamente la inaplicación de esta norma a uno de los sectores en donde su uso es más intensivo.

Y algo similar podría decirse del art. 15.5 ET. Nuevamente en este caso era necesario distinguir distintos supuestos. En este sentido una primera interpretación tendería a considerar que la norma estaba destinada a impedir el juego de este precepto en la modalidad de fijo de obra relativa a varios centros de trabajo<sup>93</sup>. En relación con esta exclusión es cierto que también cabría sostener lo innecesario de esta salvedad al poderse sostener que nos encontrábamos ante un singular modelo de contrato programa, que no evitaría la presencia de un único contrato, por lo que faltaría, al menos en teoría, la sucesión contractual que reclamaba el art. 15.5 ET<sup>94</sup>. Seguramente en este caso el problema procedía de que la necesidad de un acuerdo expreso entre las partes en cada cambio de obra llevó a buena parte de la doctrina de suplicación anterior a la reforma a excluir ciertamente la aplicación de este precepto, pero no por la ausencia de una necesaria sucesión contractual, sino por la existencia de un cambio de puesto de trabajo<sup>95</sup>, derivado, en último término, del propio concepto de éste en el convenio, que otorgaba –al definirlo expresamente– una enorme importancia al aspecto locativo<sup>96</sup>. La desaparición “ahora” de esta exigencia legal hubiera podido abrir nuevamente la discusión sobre la presencia o no en estos supuestos de una sucesión contractual. Por ello, y en este concreto punto, la exclusión sí parecía importante.

Pero es que además tampoco cabe obviar otra cuestión importante. Y es que tanto en una como en otra modalidad de contrato de fijo de obra –en una obra o en varias de la misma provincia– la cuestión podía perfectamente plantearse en relación con la sucesión, no ya de actividades en el mismo contrato, sino incluso entre sucesivos contratos, de cualquiera de los dos tipos, con la misma empresa o con otra que la sucediera o se subrogase.

De ahí la trascendencia de la nueva redacción que, mediante acta de 28 de marzo de 2011, se dio al texto del art. 20 del IV Convenio General del Sector de la Construcción<sup>97</sup> y que ha pa-

<sup>93</sup> Nuevamente J.M. GOERLICH PESET, "La contratación temporal...", cit., p. 52.

<sup>94</sup> TSJ Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 50/2010 de 27 enero(AS 2010\1845) en un supuesto, por lo demás, de transmisión patrimonial.

<sup>95</sup> Véase, por mencionar dos ejemplos, la STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 896/2010 de 30 marzo (AS 2010\2532) y su interesante voto particular, así como, previamente, la STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 839/2010 de 23 marzo, que declara expresamente como este criterio “comporta rectificación del mantenido no sólo en la sentencia invocada en el recurso, también en la de 3 de febrero de 2009, rec. 3083/08, en orden al concepto de puesto de trabajo en relación a estos contratos de fijos de obra en la construcción, y que supone aceptar el que los negociadores del convenio colectivo, en ejercicio de las facultades que tienen conferidas, han asumido”. Igualmente puede consultarse la más lacónica STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 512/2010 de 4 junio (JUR 2010\322331) y TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 7675/2007 de 7 noviembre (JUR 2008\31496). Posteriormente esta posición fue avalada por las SSTs de 25 mayo 2011 (RJ 2011\5817); 15 junio 2011( RJ 2012\146) y 19 julio 2011 (RJ 2011\6673).

<sup>96</sup> De acuerdo con el art. 18 Convenio General del Sector de la construcción 2007–2011 “Puesto de trabajo: Éste viene determinado por las tareas o funciones que desempeñe el trabajador, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad, de manera que cualquier modificación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo”.

<sup>97</sup> Acuerdos de modificación de los artículos 12, 20, 130 y 163, así como de la disposición transitoria cuarta, y de adición de un artículo 159.bis al texto del IV Convenio General del Sector de la Construcción de 28 de marzo de 2011 –BOE de 29 de abril de 2011.

sado sustancialmente inalterado al art. 24 del recientísimo V Convenio colectivo del sector de la construcción<sup>98</sup>. Y ello ya que, en definitiva, de todas las opciones posibles, el mencionado acuerdo –hoy recogido en el convenio– pareció escoger las fórmulas destinadas a fomentar la mayor exclusión posible de este sector de actividad que, como decimos, parece caminar decididamente a dotarse de una regulación cada vez más singular, por no decir especial.

Así, en primer lugar, y en relación con el art. 15.1.a ET la norma convencional excluye su aplicación para ambas modalidades de fijo de obra. De ahí que tanto cuando el contrato se estipule para prestar servicios en distintos centros de trabajo de una misma provincia, como cuando se formalice para una sola obra, el mencionado tope temporal no será de aplicación, extinguiéndose el contrato, por ejemplo, en este segundo caso, cuando finalice la obra con independencia de cuándo acontezca tal evento –art. 24.2 y .3 CCGC.

Pero en realidad, lo más importante, al menos a mi juicio, no es ya que de acuerdo con el nuevo art. 24.3 CCGC la regla del art. 15.5 ET no sea aplicable “dentro” de un único contrato fijo de obra para distintos centros de trabajo. Lo realmente llamativo –al menos para el que esto escribe– es la nueva redacción del art. 20.4 y .5 CCGC de acuerdo con la cual “no se producirá sucesión de contratos por la concertación de diversos contratos fijos de obra” – y obsérvese que no se diferencia para una sola o para sucesivas obras de la misma provincia– “para diferentes puestos de trabajo en el sector, teniendo en cuenta la definición de puesto de trabajo dada en el artículo 22 del presente Convenio, y por tanto no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 15 del E.T.<sup>99</sup>”. “Por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el periodo y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 del E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto<sup>100</sup>. En definitiva, y si se nos permite, la casi generalizada exclusión de esta modalidad contractual de las reglas del art. 15.1.a y del art. 15.5 ET en uno de los sectores en donde su uso es más intensivo. Y ello puede suscitar al menos la duda de si tan amplia excepción puede considerarse amparada por una norma como la DA 1.2 Ley 35/2010 que, no se olvide, al hacer dispositivas estas reglas para la “negociación colectiva”, lo hacía “de conformidad” con la DA 3 Ley 32/2006; una norma esta que permitía tal adaptación “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales” y “mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> BOE de 15 de marzo de 2012.

<sup>99</sup> Obsérvese que interpretado literalmente sí podría producirse este encadenamiento si se tratara del mismo puesto de trabajo tal como, ya hemos visto, lo define el propio convenio general de la construcción, del mismo modo que no se aborda qué ocurre cuando la posible sucesión y encadenamiento se produzca entre este contrato con otras modalidades contractuales sí incluidas --un supuesto, aunque más complejo, en la STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1911/2010 de 17 junio (JUR 2010\297427)--.

<sup>100</sup> El precepto continua señalando que “a tal efecto nos encontramos ante puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los factores determinados en el artículo 22 del presente Convenio. La indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T. o la subrogación recogida en el artículo 27 del presente Convenio”.

<sup>101</sup> Sobre estas dudas, aunque desde otra perspectiva, L.M. CAMPS RUIZ, “Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012”, en AAVV., La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 100-101.

### II.1.3.2. Las excepciones y adaptaciones en el ámbito de las Administraciones Públicas

En cualquier caso, igualmente amplia y compleja es la segunda adaptación y/o exclusión de estas reglas, establecida en la nueva redacción dada a la DA 15 ET y relativa básicamente a la Administración Pública, a sus organismos públicos vinculados o dependientes y a ciertos contratos celebrados en su seno<sup>102</sup>. Pero vayamos por partes.

La primera singularidad de ambas reglas en este campo es la expresa aplicación en los supuestos del art. 15.1.a ET de la figura del indefinido pero no fijo de plantilla –o el también conocido como indefinido temporal o temporal indefinido– que conformada judicialmente a partir de 1998 y mantenida firmemente por el Tribunal Supremo<sup>103</sup>, asumió rango legal con el EBEP –Ley 7/2007, de 12 de abril–.

Lo singular de la Ley 35/2010 –frente a la más escueta regulación anterior del RDL 10/2010–, es que ahora se señala expresamente como “en cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público superando el correspondiente proceso selectivo”. Se trataría, al menos a mi juicio, de la legalización de la conocida construcción judicial en virtud de la cual –tomando el resumen de una reciente doctrina de duplicación<sup>104</sup> – en estos casos de indefinidos pero no fijos de plantilla, la posterior ocupa-

<sup>98</sup> BOE de 15 de marzo de 2012.

<sup>99</sup> Obsérvese que interpretado literalmente sí podría producirse este encadenamiento si se tratara del mismo puesto de trabajo tal como, ya hemos visto, lo define el propio convenio general de la construcción, del mismo modo que no se aborda qué ocurre cuando la posible sucesión y encadenamiento se produzca entre este contrato con otras modalidades contractuales sí incluidas –un supuesto, aunque más complejo, en la STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1911/2010 de 17 junio (JUR 2010\297427).

<sup>100</sup> El precepto continúa señalando que “a tal efecto nos encontramos ante puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los factores determinados en el artículo 22 del presente Convenio. La indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T. o la subrogación recogida en el artículo 27 del presente Convenio”.

<sup>101</sup> Sobre estas dudas, aunque desde otra perspectiva, L.M. CAMPS RUIZ, “Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012”, en AAVV., La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 100-101.

<sup>102</sup> Sobre el origen transaccional de la enmienda finalmente aprobada en el Senado y de la que proviene el texto definitivo de esta DA 15 véase GENE, “La contratación por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral del 2010”, en Aranzadi Social, num. 1/2011 (BIB\2011\426). En general, sobre las progresivas especialidades del personal laboral en las Administraciones Públicas y, en especial, el impacto de las últimas reformas laborales, puede consultarse S. DE SOTO RIOJA, “Especialidades en el ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, de próxima publicación en Temas Laborales, 2021, n. 116.

<sup>103</sup> Véanse, por todas, la reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 14 diciembre 2009 (RJ 2010\375) y la aun más reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 febrero 2010 (RJ 2010\1321): “estas irregularidades no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. Dijimos entonces que la Administración pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades “la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”. El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo responde a estas exigencias, porque preserva la cobertura del puesto de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales”. Muy recientemente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 22 diciembre 2011 (RJ 2012\1889).

<sup>104</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sentencia núm. 4426/2008 de 13 noviembre (AS 2009\558).

ción, definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, supondría la actualización de una causa de extinción subsumida entre las condiciones resolutorias del art. 49.1.b– ET. De ahí que con la comunicación escrita, tanto de los hechos constitutivos de la causa como de la voluntad de actuación extintiva, se produciría dicho efecto, salvo que la Ley o la negociación colectiva hayan sometido expresamente aquella actuación a algún requisito formal, y sin que, por tanto, sea aplicable ni el procedimiento ni la indemnización prevista en los art. 52 y 53 ET, ni tan siquiera la indemnización por precariedad prevista en el art. 49.1.c– ET para modalidades distintas del contrato de interinidad al que esta singular situación se equipararía matizadamente<sup>105</sup>.

La segunda “adaptación” del régimen general antes descrito se limitaría a señalar que “para la aplicación del límite de encadenamiento de contratos del art 15.5 ET” se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas, lo que seguramente no sería tan novedoso. En cambio, lo que al menos a mi juicio sí es más llamativo es que ahora se señale expresamente que a estos efectos “los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas” no formarían parte de las mismas, excluyéndose por tanto el encadenamiento cuando las relaciones laborales se susciten entre distintas entidades instrumentales y/o la Administración Territorial. Se trata, evidentemente, de una excepción a la inclusión de los grupos no patológicos en la nueva redacción del art. 15.5 ET y que, por tanto, viene a apoyar implícitamente la interpretación inclusiva de los mismos que ya defendimos con anterioridad<sup>106</sup>. De hecho, sólo si se interpreta en este sentido, de incluir tanto a los grupos patológicos como a los fisiológicos tendría sentido esta regla que reclama por tanto, una nueva ventaja reservada de la Administración; una nueva ventaja que tiende a dificultar en este campo la aplicación de la mencionada norma, lo que dicho sea con todos los respetos, no parecía especialmente necesario dadas las escasas consecuencias negativas que para el ente empleador –la Administración– tendría en este caso la superación del umbral del art. 15.5 ET. Pero sobre ello volveremos más tarde.

La tercera regla que incorpora la nueva y cada vez más amplia DA 15 ET –y obviamente no seguimos aquí su compleja estructura-- se refiere simple y llanamente a la exclusión de lo dispuesto sobre duración máxima del contrato de obra a “los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y (nuevamente) sus organismos públicos vinculados o dependientes, ... a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LO 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades<sup>107</sup> , o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén

---

<sup>105</sup> STS de 27 mayo 2002 RJ 2002\9893 con un muy interesante voto particular Tribunal Supremo. Pueden consultarse igualmente SSTs de 27-5-02 (RJ 2002, 9893), 2 de junio de 2003 ( RJ 2005, 4896) y 26 junio 2003 (RJ 2005, 4259) .

<sup>106</sup> En este mismo sentido, por ejemplo, J.M. GOERLICH PESET, "La contratación temporal...", cit., p. 59.

<sup>107</sup> Recuérdese que de acuerdo con el art. 48 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificado por art. único.48 de Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril "1. Las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley o mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. También podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Asimismo, las universidades podrán nombrar profesoras y profesores eméritos en las condiciones previstas en esta Ley. 2. Las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante. El régimen de las indicadas modalidades de contratación laboral será el que se establece en esta Ley y en sus normas de desarrollo; supletoriamente, será de aplicación lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en sus normas de desarrollo".

vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”.

Más allá de concretar la clara –al menos a mi juicio– referencia en aquel momento a la contratación de investigadores al amparo del artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica –en la redacción dada por la DA 7 de la Ley 12/2001– y, en un momento posterior, a los formalizados al amparo de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación<sup>108</sup>, tan sólo cabría señalar que, al menos a mi juicio, la referencia al proyecto de “inversión” no debería alterar la conocida doctrina del Tribunal Supremo que viene a negar la posibilidad de estipular contratos de obra o servicio justificados solamente por el carácter anual o plurianual de partidas presupuestarias o subvenciones<sup>109</sup>, ya que la inversión superior a tres años simplemente viene a justificar la inaplicación del art. 15.1.a ET a obras o servicios que deben tener autonomía y sustantividad, así como un límite en el tiempo.

Y todo ello sin olvidar, en último lugar, que tanto las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001 como las reguladas en “cualesquiera otras normas con rango de ley” quedan igualmente excluidas sin más de las reglas generales del art. 15.5 ET, dando como resultado global una importante desprotección de colectivos como los profesores asociados<sup>110</sup> que, en cualquier caso, confirmaría como desde el propio Parlamento se habría blindado a la Administración pública territorial e instrumental frente a las nuevas normas dirigidas a luchar contra la temporalidad.

Esta opción resulta especialmente llamativa porque si bien la temporalidad en el sector privado había caído del 35,6% en el cuarto trimestre de 2005, al 25,1% en el mismo trimestre de 2010, estas mismas ratios se habrían mantenido en el sector público en torno al 23,8 % en 2010, frente al escasamente superior 25,6% del cuarto trimestre de 2005. De ahí que parezca necesario realizar una breve reflexión final, si tan siquiera parcial o puntual, sobre la compatibilidad de, al menos, algunos aspectos de esta regulación –resulta imposible analizar aquí todos y cada uno de ellos– con la normativa comunitaria contemplada en la Directiva 1999/70/CE.

<sup>108</sup> Orientando esta referencia hacia la mencionada ley, J.M. GOERLICH PESET “La contratación temporal...”, cit., p. 58. A mi juicio es evidente la conexión entre esta referencia y la DA 14.2 de la mencionada Ley. Con respecto a otros contratos recogidos en la nueva Ley de Ciencia, obsérvese que, sobre todo los regulados por los art. 20 y 21, predoctoral y acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación se asemejan bastante más a contratos formativos que a contratos de obra o servicio determinado. Sobre el tema véase la reciente e interesante tesis doctoral de P. FÉRNANDEZ DÍAZ, Los contratos formativos en prácticas, Cádiz, 2012, pendiente aún de publicación.

<sup>109</sup> Véase recientemente la STS 14 junio 2010 (RJ 2010\2704).

<sup>110</sup> Sobre el proceso de descausalización y completa desprotección de este colectivo véase, por mencionar algunas la STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 3255/2010 de 5 mayo (AS 2010\1697) “habiéndose contratado el actor correctamente como profesor asociado a tiempo parcial y por tiempo determinado su relación laboral con la universidad recurrente se extinguió válidamente al finalizar la última de sus prórrogas el 31.8.2009 y ello aunque en el contrato no se hubiera consignado una causa específica que justificara la temporalidad, por no ser la misma necesaria. Así la ha dicho ya esta Sala en sentencia de 11 de diciembre de 2007 (recurso nº 804/2006) (AS 2008, 424), en la que se decía lo siguiente: “La cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso consiste en decidir si solo son admisibles los contratos temporales previstos en el artículo 15 del ET o pueden existir también contratos temporales al margen de dicho precepto. El referido artículo dice que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, pudiendo celebrarse contratos de duración determinada en una serie de supuestos que acto seguido relaciona, pero no excluye que puedan existir otros contratos temporales, ya que no afirma que los que regula sean los únicos contratos de duración determinada que pueden celebrarse en el ámbito laboral. Como se recoge en la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2006 (rollo núm. 7064/05) (JUR 2006, 84783) en un supuesto similar al ahora examinado de trabajador

Intentando sistematizar esta compleja cuestión quizás convenga comenzar señalando que, al menos a mi juicio, el problema central no se encuentra en la construcción de la figura del indefinido pero no fijo de plantilla, sino en los efectos de su extinción –novedosamente incorporados ahora a la DA 15– y su compatibilidad con la mencionada regulación y con la jurisprudencia comunitaria.

Para ello debemos partir de que en primer lugar, y como ha destacado hasta la saciedad el propio Tribunal de Justicia, y recientemente ha recordado en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010<sup>111</sup>, las “disposiciones contenidas” en esta directiva “se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público<sup>112</sup>. Y si bien –como se ha recordado igualmente de forma reciente en el Auto del mismo Tribunal de 1 de octubre de 2010<sup>113</sup>– la Directiva “no se opone a una norma nacional... que, en los supuestos de abuso resultante de que un empresario del sector público utilice sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, excluye la transformación de tales contratos en contratos de trabajo por tiempo indefinido”<sup>114</sup>, ésta no oposición se condiciona –al menos en aquel caso– a que “el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate disponga en el sector considerado de otras medidas efectivas para evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”; una cuestión esta en la que el Tribunal, lógicamente, no puede entrar, limitándose a señalar que “incumbirá al órgano jurisdiccional remitente determinar en qué medida las condiciones de aplicación y la aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes de Derecho interno constituyen una medida adecuada para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Y todo ello tras recordar que “el citado Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que las me-

---

también contratado como profesor asociado a tiempo parcial, los contratos suscritos no tenían apoyo legal en el artículo 15.1 del ET ni en el artículo 2 del R.D. 2720/98 sino en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades, que obliga a que los profesores asociados sean contratados con carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad fuera de la Universidad, Ley Orgánica la mencionada que, siendo de superior rango normativo que el Estatuto de los Trabajadores, crea una nueva modalidad de contrato de duración determinada que no se halla recogida en éste, pues es exclusiva de los profesores asociados de universidad y no se concierne por obra o servicio determinado. Añade dicha sentencia que la suscripción de tales contratos no supone fraude de ley al venir respaldados por el artículo 6 de la Ley Orgánica de Universidades, siempre que se cumplan los requisitos que el mismo exige y la terminación del contrato temporal por expiración del tiempo pactado no es constitutiva de despido. En el mismo sentido la STSJ. de Aragón de de 21 de junio de 2006 (AS 2006, 2800), después de reproducir los artículos 48 y 53 de la Ley Orgánica 6/2001, llega a la conclusión de que el contrato se extingue por cumplimiento del término pactado, de conformidad con la normativa reguladora de la prestación de servicios de los profesores asociados universitarios, cuya vinculación con la universidad es temporal. En un sentido similar TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), sentencia núm. 658/2010 de 22 julio (AS 2010\2230). Ciertamente crítico con este apartado de la reforma C. MOLINA NAVARRETE, «Un nuevo acto del «gran teatro» de la reforma laboral 2010: una reforma «para reformar» o de la «galería de los disparates», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 331, 2010, pág. 82, y ss; J. MORENO GENE, “La contratación por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral del 2010”, en Aranzadi Social, num. 1/2011, (BIB\2011\426).

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de Diciembre de 2010, Gavieiro e Iglesias Torres, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09.

<sup>112</sup> Véanse en este mismo sentido las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, apartados 54 y 57; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C 53/04., apartados 40 a 43; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, asunto C 180/04, Rec. p. I 7251, apartados 32 a 35, y de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, Asunto C-307/05, apartado 25.

<sup>113</sup> Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de octubre de 2010, Affatato, asunto C-3/10.

<sup>114</sup> Destacando que esta no transformación no se produce en el caso español –ya que formalmente el contrato sí es indefinido– L. MELLA MÉNDEZ, “La desincentivación de la contratación...”, cit., p. 74.

didadas que una norma nacional como la controvertida en el litigio principal establezca para sancionar la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada no sean menos favorables que las que regulen situaciones similares de carácter interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar en qué medida resultan conformes a tales principios las disposiciones de Derecho interno que tienen por objeto sancionar la utilización abusiva por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

De hecho, en esta misma línea el Tribunal de Justicia ya había señalado en su Auto de 23 de noviembre de 2009<sup>115</sup> que “el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que, cuando el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate incluya, en el sector considerado, otras medidas efectivas para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada -en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo- no se opone a la aplicación de una norma de Derecho nacional que prohíbe de forma absoluta la transformación en un contrato de trabajo de duración indefinida de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en el sector público que, por haber cubierto necesidades permanentes y duraderas del empresario, deben ser considerados abusivos. Sin embargo, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes de Derecho interno constituyen una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva por parte de la administración pública de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada” –la cursiva es nuestra.

En definitiva, dentro de la amplia libertad del legislador, creemos que cabrían incluso fórmulas como las del “indefinido pero no fijo de plantilla” o el “indefinido temporal” o el “temporal indefinido”; esto es, fórmulas que no impongan la “fijeza”, sino la transformación en una modalidad que, lejos de las distinciones básicamente académicas de nuestro Tribunal Supremo sobre término y condición, seguramente encajan en el concepto de contrato temporal tal como se define la cláusula 3 del mencionado Acuerdo<sup>116</sup>. Esta lógica, que parte de un tratamiento separado de los posibles abusos en el sector público y privado no plantearía problemas ya que esta posible dualidad fue hace ya tiempo permitida por el Tribunal de Justicia<sup>117</sup>, del mismo modo que no es esta indefinición la finalidad de la cláusula quinta, sino más limitadamente, la evitación de abusos.

De ahí que el Tribunal, como hemos visto, acepte estas otras medidas alternativas y específicas para el sector público. Pero siempre, y esto es lo importante, tanto en Lagoudákis como en Affatato –por citar sólo los dos últimos ejemplos– que dichas medidas alternativas “consti-

<sup>115</sup> Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de Noviembre de 2009, Lagoudákis, asuntos acumulados C-162/08 a 164/08.

<sup>116</sup> La misma define al trabajador con contrato de duración determinada» como “aquel trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”, en nuestro caso, la ocupación legal del puesto tras el correspondiente proceso de selección.

<sup>117</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, asunto C-180/04. “Pues bien, como el Tribunal de Justicia ha declarado en el apartado 48 de la sentencia Marrosu y Sardino, antes citada, la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público”.

tuyan una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva por parte de la administración pública de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada”<sup>118</sup>.

Y es en este último punto donde la construcción del Tribunal Supremo a partir del año 2002 y que hoy se recoge –al menos a mi juicio– en el segundo párrafo de la DA 15.1 ET, plantea más que serias dudas desde una perspectiva de eficacia en el lucha contra el abuso de estas modalidades de contratación. La imposición a la Administración Pública de una única obligación consistente, básicamente, en iniciar el proceso de cobertura de dicha plaza, sin ni tan siquiera dar a estos empleados la mínima indemnización por precariedad del art. 49.1.c) ET –ya que estos contratos “indefinidos” están sometidos a condición, no a término– no nos parece compatible con el fin último de esta cláusula de la directiva<sup>119</sup>, que, aun careciendo de efecto directo, sí debe orientar la interpretación conforme de nuestros Tribunales<sup>120</sup>. Es en efecto esta ausencia de toda indemnización o reparación la que seguramente aleja esta situación de la analizada en el Asunto Koukou<sup>121</sup> en el que el Tribunal reconoció la no oposición a la Directiva de una normativa nacional... que –“dentro de las medidas que castigan la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada- impone el pago del salario y de una indemnización así como sanciones penales y disciplinarias, siempre que -extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente- los requisitos de aplicación y la aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes de Derecho interno constituyan una medida adecuada para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada por parte de la Administración Pública”.

Es esta eficacia preventiva y reparadora de tales medidas, en definitiva, la que se convertirían en la piedra de toque de toda esta construcción ya que como recordara el mismo Tribunal

---

<sup>118</sup> De hecho ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de abril de 2009 Angelidaki, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07 había resaltado que si bien “los Estados miembros disponen de un margen de apreciación para alcanzar este objetivo” este margen debe someterse a “la condición de garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario, tal como se deduce, no sólo del artículo 249 CE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, interpretado a la luz del décimo séptimo considerando de ésta (en este sentido, véanse la sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 68, y el auto Vassilakis y otros, antes citado, apartado 87)”.

<sup>119</sup> Por todas Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de abril de 2009, Angelidaki, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07.

<sup>120</sup> Esta duda o incluso certeza está, por lo demás, cada vez más extendida en la doctrina. Por mencionar tan sólo uno de los más recientes A.V. SEMPERE NAVARRO, “Reflexiones sobre el nuevo 15.5 ET”, en Aranzadi Doctrinal, num. 9/2011 de acuerdo con el cual “La pregunta subsiguiente es si la solución acogida por nuestro legislador (inspirada en la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo) se ajusta bien a todas estas consideraciones. El tema se complica, porque el resultado final no está sólo en la letra del ET (probablemente respetuosa con las exigencias del acervo comunitario), sino que se integra también por el modo en que se proceda, en su caso, la ulterior extinción del contrato indefinido ¿Concede garantías de protección suficiente la transformación del contrato en indefinido, con su nuda extinción cuando se provea el puesto de trabajo a través de los procedimientos adecuados? ¿Sería razonable exigir que mediara un tiempo mínimo desde que se consideró indefinido y/o que a su término se abonara cierta indemnización?”. En relación con este mismo tema y por todos, LAHERA FORTEZA, J., «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)», en Relaciones Laborales, 2007, n. 10, pgs. 39 y ss..

<sup>121</sup> Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de abril de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Athinon - Grecia) - Archontia Koukou / Elliniko Dimosio (Asunto C-519/08).

previamente en el asunto Vassilakis<sup>122</sup> “en la medida en que el ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado no parece contener, en el sector del que se trata, otras medidas efectivas para evitar y en su caso sancionar la utilización abusiva de contratos sucesivos de duración determinada, se opone a la aplicación de una regla de Derecho nacional que prohíbe de forma absoluta, únicamente en el sector público, transformar en un contrato de trabajo de duración indefinida una serie de contratos de trabajo de duración determinada, que, por haber tenido como objeto atender a “necesidades permanentes y duraderas” del empleador, deben ser considerados abusivos. Corresponde no obstante al tribunal remitente, en virtud de la obligación de interpretación conforme que le incumbe, verificar si su ordenamiento jurídico interno contiene otras medidas efectivas”. Y todo ello, claro está, sin olvidar que como también señalara el propio Tribunal “cuando el Derecho comunitario no establece sanciones específicas, como ocurre en el presente asunto, para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben resultar proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 94)”. Y “aunque las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros” de los conocidos principios de equivalencia y efectividad- “se deduce que, cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben adoptar «todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva» (sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 102)”.

#### **II.1.4. El incremento postergado y progresivo de las indemnizaciones por acaecimiento del término resolutorio del contrato y su conexión con las nuevas atribuciones del FOGASA.**

Ya para concluir este apartado de reformas de la contratación temporal, nos limitaremos a destacar como, profundizando en el camino iniciado por la Ley 12/2001, de 9 de julio<sup>123</sup>, el RDL 10/2010 –y, más tarde, la Ley 35/2010–, procedieron, aunque de manera postergada y progresiva en el tiempo, a aumentar las indemnizaciones por acaecimiento del término resolutorio hasta alcanzar los doce días de salario por año de servicio para los contratos temporales – excepto los de interinidad y los contratos formativos– celebrados a partir del 1 de enero de 2015<sup>124</sup>.

Ya comentamos en su momento como la búsqueda del “encarecimiento” en los costes de estos contratos temporales, y sobre todo de los más utilizados, esto es, los de obra o servicio y los eventuales, fue una de las ideas clave en el primer documento del Gobierno de febrero de 2010. En este sentido, dos eran seguramente las posibilidades que se abrían. O bien, como aconteció finalmente, actuar de forma directa sobre los costes de salida, en especial sobre esta

<sup>122</sup> Auto del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2008, Vassilakis, asunto C-364/07.

<sup>123</sup> Sobre la inaplicación de la indemnización establecida en aquella ley para los contratos estipulados con anterioridad, cualquiera que sea la fecha de su extinción, STS 21 de diciembre de 2011 (RJ 2012\1879).

<sup>124</sup> Sobre la aplicación de esta indemnización al contrato de relevo, recientemente, STS 1 marzo 2010 (RJ 2010\1481).

“indemnización de precariedad”, hasta acercarla a los costes reales –no a la indemnización– de un despido por causas empresariales, eso sí, mejor definido y aliviado de cargas procedimentales, o bien, como en su momento se sostuvo por un singular sector de la doctrina, incrementar las cotizaciones, especialmente por desempleo, de los contratos temporales, logrando no sólo su desincentivación, sino también una mayor contributividad y la consiguiente mejora del equilibrio económico de nuestro sistema de protección social.

Como también se señaló en su momento, esta última medida pareció ser abandonada, seguramente por los efectos negativos que podría tener sobre la demanda de trabajo, en un momento como el que entonces y ahora vivimos especialmente grave para el empleo. Pero es obvio que finalmente este incremento reapareció como parte de la singular cuadratura del círculo que subyacía claramente en la reforma; una lógica que partía de equiparar en estos doce días los costes finales que para el empresario supondría extinguir tanto los contratos temporales más usuales –estipulados a partir de 2015–, como los nuevos contratos indefinidos que se estipularan tras la reforma<sup>125</sup> –siempre que tuvieran una duración superior a un año y se extinguieran, procedente o improcedentemente, por las causas previstas en los art. 51 y 52 ET o 64 Ley 22/2003<sup>126</sup> –sin que la indemnización por aquellos despidos sufrieran reducción para el trabajador al costearla los propios empresarios, primero mediante el FOGASA –DT 3 Ley 35/2010– y más tarde, se pensaba, mediante un esquema similar al austriaco que tantos beneplácitos suscitó en el marco de la Unión Europea –DA 10 Ley 35/2010–<sup>127</sup>.

Sin poder detenernos aquí en las dudas y discusiones, incluso de interpretación, que este precepto suscitó<sup>128</sup>, y en su importante evolución, que iremos analizando si tan siquiera tangencialmente en la segunda parte de este trabajo, baste señalar aquí que todo este complejo esquema –que seguramente olvidaba otros costes indirectos de los despidos económicos como los derivados de la representación procesal o de los posibles informes económicos o contables– se intentó cuadrar con la singular situación de desempleo existente en España ralentizando y postergando temporalmente este incremento de las nuevas indemnizaciones del art. 49.1.c) ET, aunque ello supusiera, es obvio, una ruptura temporal en el mencionado y pretendido equilibrio de costes. Y esto en la medida en la que mientras la flexibilidad en la extinción y en el pago por el FOGASA eran en principio casi inmediatos para los contratos estipulados tras la entrada en vigor de la reforma, el incremento de la indemnización de los contratos temporales se retrasaba hasta hacerse difícilmente perceptible, desvirtuando con ello su posible impacto sobre la toma de decisiones empresariales, al menos en este primer momento.

En cualquier caso, y retomando el simple análisis normativo del precepto que inspiraba estas líneas, una última cuestión. Y es que si se observa bien, el incremento de esta indemnización

---

<sup>125</sup> Vid. J.M. GOERLICH PESET, "La contratación temporal...", cit., p. 60. Sobre la causa de esta exclusión de los contratos anteriores P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, "El abono de parte de la indemnización por despido por el FOGASA y regulación del fondo de capitalización", en AAVV, *la reforma del mercado de trabajo*, cit., p. 250.

<sup>126</sup> Sobre los problemas cuando se trate de encubrir como despido por causas empresariales un despido basado en otras causas P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, "El abono de parte...", cit., p. 252

<sup>127</sup> Sobre el modelo austriaco y su intento de traslación al ordenamiento español, me permito la remisión a nuestro trabajo "La extinción por el empresario del contrato de trabajo en el Derecho austriaco: en especial, el Abfertigungsrecht" en AA. VV. (Jesús Cruz Villalón, editor), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, ed. Tirant lo blanch, en prensa. Igualmente P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, "El abono de parte...", cit., p. 254 y ss.

<sup>128</sup> Véanse, por ejemplo, las críticas de A. DESDENTADO BONETE, "La reforma del despido en el Real decreto-Ley 10/2010", en AAVV, *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova, 2010, p.102 y ss.

por advenimiento del término la equiparaba con otras indemnizaciones similares ya previstas para otras modalidades y, en especial, con la establecida para los contratos temporales de los trabajadores en misión. Esta equiparación, cuando se produzca, seguramente será otro elemento más que incentive la utilización de las ETT. Pero lo llamativo era que, si se miraba desde esta última óptica o finalidad, esta reforma, o más bien, el retraso en su aplicación, podría plantear algunos problemas, ya que supondría que hasta el 1 de enero de 2015 seguiría existiendo una cierta "restricción" quizás incompatible con las exigencias impuestas por el art. 4 Directiva 2004/108/CE.

## II.2. La reforma del contrato de fomento de la contratación indefinida

### II.2.1. La evolución en el uso del contrato de fomento de la contratación indefinida: finalidad de la reforma

Mucho más clara y diáfana, al menos en sus objetivos, parecía la modificación del contrato de fomento de la contratación indefinida, por la Ley 35/2010 también postulada desde un principio en los diversos documentos del Gobierno.

En este caso el motivo de la reforma era ciertamente claro: reactivar una modalidad que, al menos en teoría, debería haber arrinconado progresivamente al contrato indefinido ordinario, pero que, tras un prometedor comienzo, había iniciado una fase de un cierto ostracismo desde principios de 2002. Como se aprecia en la tabla inferior<sup>129</sup>, si bien en el año 2002 el porcentaje

Tabla 1 Evolución tipos de contratos indefinidos (2002-2009)

Año	Total Contratos	Indefinido: Total	Ordinarios		Fomento		Ordinario		Fomento	
			Ordinarios	%	Fomento	%	Inicial	Conversión	Inicial	Conversión
2002	14179248	1282960	616377	48,0%	666583	52,0%	497861	118516	245345	421238
2003	14668063	1269768	617402	48,6%	652366	51,4%	490732	126670	225213	427153
2004	16350784	1419718	778512	54,8%	641206	45,2%	567027	211485	23924	401959
2005	17164965	1542838	1254094	81,3%	288744	18,7%	623784	630310	218971	69773
2006	18526772	2177245	1445873	66,4%	731372	33,6%	761162	684711	266598	464774
2007	18622108	2220384	1362515	61,4%	857869	38,6%	992264	370251	325910	531959
2008	16601237	1902605	1327404	69,8%	575201	30,2%	878287	449117	244618	330583
2009	14021837	1312414	1084705	82,6%	227709	17,4%	604520	480185	187467	40242

Fuente: MTIN, principales series estadísticas y elaboración propia

<sup>129</sup> Recuérdese que estos datos, obtenidos de las Principales Series Estadísticas del MTIN, Movimiento Laboral Registrado, pueden diferir de otros publicados con anterioridad ya que como se señalan en sus "fuentes y notas" "a partir de enero de 2011, se ha modificado el criterio de desglose de los contratos indefinidos presentado en esta publicación, habiéndose reelaborado la información de periodos anteriores de acuerdo con este nuevo criterio. La diferenciación entre contratos "Indefinido. Ordinario" e "Indefinido. Fomento de la contratación indefinida", se basa –ahora, añadimos nosotros– en que a estos últimos les es aplicable la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, de 9 de julio. Para cada una de las modalidades anteriores se establece un desglose posterior atendiendo a su carácter de contrato inicial o de contrato derivado de la conversión de un contrato temporal preexistente".

global de este tipo de contratos superó incluso a los indefinidos ordinarios, a partir del año 2004 su número —y la proporción que representa en relación con el total— se redujo drásticamente. Y si bien la reforma de 2006 supuso una cierta reactivación de la misma, sobre todo y como veremos, en los supuestos de conversiones, llegando a su máximo en 2007, la caída —sobre todo en cuanto a proporción sobre el total de contratos indefinidos— fue ciertamente espectacular en el año 2008 y, sobre todo 2009, haciendo necesario una búsqueda de las distintas razones que podían haber motivado esta evolución.

En cualquier caso, lo que sí quedaba claro del análisis de estos mismos datos era que estos incrementos y estos abruptos descensos tenían que ver más con el número de conversiones, y con las posibilidades que progresivamente iban abriéndose y cerrándose<sup>130</sup> en nuestro sistema, que con los contratos iniciales que siempre se habían mantenido en un número, eso sí, relativamente discreto.

En este contexto, lo primero que pudo resultar sorprendente, al menos en apariencia, fue esta decidida apuesta por el fomento de esta modalidad, sobre todo si analizamos su posible coordinación con otro de los objetivos de la reforma de 2010; esto es, eliminar la anterior centralidad del despido improcedente, sobre todo del comúnmente denominado *exprés*, clarificando la causa de los despidos empresariales. Apostar en este contexto por una modalidad cuya principal medida de fomento era la reducción del coste del despido objetivo improcedente podía parecer, y seguramente lo era, aparentemente contradictorio con otra de las finalidades nucleares de la reforma. Pero se trataba, en definitiva, de una modalidad históricamente ligada al diálogo social, que, por tanto, generaba menores resquemores, fundamentalmente por parte sindical, y que al mismo tiempo permitía acercar o reducir los desniveles de costes extintivos entre contratos indefinidos y temporales, ayudando por tanto como instrumento de lucha contra la segmentación. De ahí, en definitiva, el apoyo de la reforma de 2010 al mismo, que como veremos fue claro y significativo.

De hecho, el análisis en este punto de la reforma de 2010 podía articularse, en esencia, como el análisis de las posibles causas que habían motivado su escaso uso por parte de los operadores jurídicos y económicos en estos últimos años, e, inmediatamente, como su intento de corrección<sup>131</sup>.

### **II.2.2. La práctica universalización de la modalidad y su impacto sobre su propia lógica**

Así, por ejemplo, una primera causa podría situarse en las limitaciones derivadas de las exigencias subjetivas y empresariales impuestas para su utilización. Y en ambos campos operó claramente la reforma.

---

<sup>130</sup> Para un análisis de esta evolución que explica perfectamente las caídas de los años 2005 y 2008 en función de los periodos de celebración de contratos temporales para los que se admitía la conversión véase J. LUJÁN ALCARÁZ, "El contrato para fomento de la contratación indefinida", en AAVV., *La reforma laboral de 2010*, cit., p. 261 y ss. En este sentido recuérdese que la reforma de 2001 permitió estas conversiones de los contratos temporales celebrados hasta el 31-12-2003, mientras que la reforma de 2006 lo habilitó para los contratos celebrados hasta el 31-12-2007.

<sup>131</sup> Sobre el tema, por todos, con valiosas indicaciones que en su inmensa mayoría se comparten J. LUJÁN ALCARÁZ, "El contrato para fomento de la contratación indefinida en la reforma laboral de 2010", *Aranzadi Doctrinal*, 2011, n. 10 (BIB 2010/2999). De forma ciertamente crítica J. GÁRATE CASTRO, "La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 1, Tomo 1, (LA LEY 15077/2010). Igualmente interesante es, como siempre, el trabajo de F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación indefinida: de extraordinario a ordinario (1997-2010)", en AAVV., *La reforma del mercado...*, cit., p. 117 y ss.

En relación con los contratos iniciales, la apuesta fue tan clara que, si se nos permite, más que identificar con quién podía realizarse el contrato, era más fácil señalar a quienes, todavía, estaba vedada esta modalidad<sup>132</sup>. La suma del conjunto de posibilidades abiertas por la reforma generaba una zona de influencia tan amplia –con superposiciones incluidas– que difícilmente cabía encontrar, al menos en la realidad más cotidiana, un sujeto que, sin ser lo que vulgarmente se denomina como un caso de laboratorio, no se incardinase en una u otra modalidad<sup>133</sup>.

De ahí que, en realidad, fuera factible sostener que la reforma de 2010 procedía, de manera firme pero casi imperceptible, a alterar la funcionalidad de esta modalidad. Si en el año 1997 esta medida nació como un instrumento para que colectivos con especiales dificultades para

<sup>132</sup> Vid. LUJÁN ALCARAZ, "El contrato para fomento de la contratación indefinida..", cit., p. 272; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación...", cit., p. 120 y ss.

<sup>133</sup> Por ello casi podría hablarse de una universalización de esta modalidad, ya que en principio, sólo "escaparían" de esta posibilidad, entre los desempleados –el primer grupo al que la ley seguía haciendo referencia– los mayores de treinta y menores de cuarenta y cinco años –recuérdese que la Ley 12/2001 redujo la edad mínima, anteriormente situada en 18 a 16 años, reforma que no fue alterada en el año 2010–, que no siendo personas con discapacidad –la modificación legal en este punto era una simple mejora terminológica– no fueran, además, mujeres –llamaba la atención la ampliación de supuestos en los que las mujeres podían ser contratadas mediante esta modalidad, sobre todo si tenemos en cuenta el fuerte sesgo femenino de esta modalidad frente al sesgo masculino del contrato indefinido ordinario– para ser contratadas en servicios, profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino –Anexo de la Orden de 16 de septiembre de 1998 (BOE de 29 de septiembre), que no hubieran dado a luz, adoptado o acogido en los dos años anteriores, que no se reincorporasen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años o que no hubiesen sido víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos. Y si a pesar de todo, seguían estando excluidas, bastaría que llevasen un mes – esto es, no los doce meses de 1997, ni los seis de la reforma de 2001, ni tan siquiera los tres del RDL 10/2001, lo que suponía retomar una opción que ya se recogía en el Documento para la Mesa de Diálogo Social sobre Mercado de Trabajo de 18 de octubre de 2005 y que, sin embargo, no fue incorporada en la reforma de 2006. Sobre el tema, nuevamente, J. LUJÁN ALCARÁZ, "El contrato para fomento de la contratación...", cit., p. 271 – inscritos como demandantes de empleo. Para un análisis de la evolución temporal F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación..", cit., p. 121.

Es más, la Ley 35/2010 incorporaba dos novedades ciertamente llamativas. La primera, hacía referencia a aquellos desempleados que, sin cumplir alguno de los anteriores requisitos –esto es parados de mediana edad, de muy corta duración– en los dos años inmediatamente anteriores a la celebración del contrato hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los formativos; esto es, aquellos desempleados que llevando menos de un mes inscritos ininterrumpidamente –ya que de otro modo su vida laboral en los dos años anteriores carecería de trascendencia a estos efectos– sólo hubiesen estipulado contratos temporales. Obsérvese, pues, que la norma no exigía una prestación continua durante los dos años, ni tan siquiera una actividad durante un cierto tiempo. Bastaría con el hecho de que en el plazo de dos años inmediatamente previos a la nueva contratación hubiera sido contratado, formalmente, al menos dos veces, mediante cualquier contrato temporal –una para F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación...", cit., p. 123-. E incluso si, ya por rizar el rizo, hubieran disfrutado de un contrato indefinido –de cualquier tipo– en dicho lapso y, obviamente, no se cumplieran ninguno de los requisitos anteriores, bastaría, en último lugar, que el desempleado hubiese sido contratado en los dos años posteriores a la extinción por otra empresa eso sí, y en este caso, diferente a aquella que le despidió –un requisito teóricamente destinado a evitar actuaciones fraudulentas de sustitución de contratos indefinidos ordinarios por otros de fomento, en coordinación con lo establecido en el apartado 5 de esta misma DA–. Obsérvese que a estos efectos era indiferente si el contrato indefinido extinguido era de fomento de la contratación u ordinario, la duración real de este, la modalidad de despido –factores estos que sí pueden tener trascendencia para que aquella empresa quede o no privada de la posible estipulación de estos contratos en función del ya mencionado apartado 5–, el tiempo transcurrido entre esta extinción y la nueva contratación –siempre que este sea inferior a dos años, claro está– o incluso el hecho de que aquella relación laboral indefinida se hubiese visto seguida de otra temporal antes de esta contratación indefinida –véase J. LUJÁN ALCARÁZ, "El contrato para fomento de la contratación...", cit., p. 274–. Sobre el tema, más ampliamente F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación...", cit., p. 123, en especial en relación con las causas de la extinción del contrato indefinido que habilitaban la estipulación de esta modalidad.

acceder al empleo fueran contratados de manera estable, con las novedades legislativas de 2010 este modelo se habría generalizado y extendido, no sólo a los desempleados con menor empleabilidad, sino prácticamente a todos los colectivos<sup>134</sup>, incluyendo a aquellos que sometidos durante un lapso de dos años a la temporalidad no alcancen la fijeza por ninguna de las vías establecidas en el art. 15 ET, o que hubieran salido recientemente de la misma. Además, era evidente que con esta medida se trataba de dotar de centralidad a esta vía de acceso a tal modalidad, evitando los vaivenes que hasta entonces había motivado el hecho de que la principal vía de acceso, al menos cuantitativa, hubiera sido la conversión de previos contratos temporales. Y ello a pesar de que, como se recordará, la reforma de 2010 tampoco se resistió a abrir nuevamente esta posibilidad –como de hecho, fue una constante en todas las reformas de esta modalidad hasta su desaparición<sup>135</sup> –, permitiendo –en una nueva suerte de amnistía de los posibles contratos temporales irregulares– que se entendieran “válidas las transformaciones en los contratos de fomento de la contratación indefinida de los contratos de duración determinada o temporales... una vez transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación<sup>136</sup>”.

### **II.2.3. La dulcificación de las limitaciones a su utilización por despidos empresariales en la empresa**

Una segunda limitación al uso de esta modalidad pudo provenir, lógicamente, de las sucesivas reglas que prohibían esta utilización en ciertos supuestos en los que la propia empresa hubiera procedido a extinguir previamente contratos de trabajo indefinidos ordinarios. La finalidad de todas estas reglas, presentes desde 1997, pero progresivamente dulcificadas, era evitar la sustitución de contratos indefinidos ordinarios por otros temporales. Y en este punto, como no podía ser menos, la reforma de 2010 continuó en la línea ya señalada de progresiva dulcificación de los requisitos para utilizar esta modalidad.

Así, en primer lugar, y eso sí, de forma coherente con la finalidad de evitar sustituciones entre ordinarios y de fomento, la Ley 35/2010 señaló que las extinciones que activaban esta prohibición eran sólo las de los contratos ordinarios y no, por tanto, de los de fomento de la contratación indefinida. Pero además, y corrigiendo lo que aparentemente fue un “error” del RDL 10/2010, la Ley 35/2010 limitó nuevamente la tipología de estas extinciones a las debidas a

---

<sup>134</sup> Vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El contrato de fomento de la contratación..”, p. 117 y ss.

<sup>135</sup> En primer lugar para aquellos los trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, siempre que la transformación se produjese antes del 31 de diciembre de 2010, mientras que para los celebrados con posterioridad dicha transformación sólo sería posible siempre que la duración de los mismos no hubiese excedido de seis meses – no resulta fácil explicar este tope temporal, si bien algunos (J. LUJÁN ALCARÁZ, “El contrato para fomento de la contratación...”, cit., p. 276) intentan explicarlo en el hecho de que con estas duraciones es más fácil la existencia de fraude–, salvo en los contratos formativos ya que en caso contrario se verdaría a los mismos esta conversión, y siempre que se produjese con anterioridad al 31 de diciembre de 2011. Sobre el tema, nuevamente, y por todos, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El contrato de fomento de la contratación...”, cit., p. 129. Sobre la posterior evolución de esta posibilidad de conversión nos remitimos a la segunda parte de este trabajo.

<sup>136</sup> Extraordinariamente crítico con esta medida J. GÁRATE CASTRO, “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 1, Tomo 1, (LA LEY 15077/2010). Para una más amplia información F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El contrato de fomento de la contratación...”, cit., p. 1310-131 con quien compartimos la opinión de la inaplicación de esta regla cuando el teórico contrato temporal se haya transformado previamente en indefinido en virtud del art. 15.5 ET.

causas objetivas declaradas o –manteniendo en este punto la nueva redacción dada por el art. 3 RDL 10/2010– reconocidas como improcedentes –por lo que, por tanto, no era necesario que hubiera declaración judicial–, o bien en despido colectivo, con la ya tradicional excepción de que “la realización de los contratos a los que se refiere la presente disposición haya sido acordada con los representantes de los trabajadores en el período de consultas previsto en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores”. Obsérvese, por tanto, que de nuevo, y a pesar de todas las críticas, el despido disciplinario improcedente de un trabajador ordinario no impediría –como ya señaló críticamente la doctrina– la posterior estipulación de un contrato de este tipo<sup>137</sup>.

Pero las reducciones no quedaron ahí. Seguramente aún más importante fue la reforma de la anterior delimitación funcional y territorial de la excepción. Y ello porque, como se recordará, la anterior regulación refería la misma a los puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional y para el mismo centro o centros de trabajo. Y ahora, en cambio, la Ley 35/2010 retomó, aquí sí, el concepto de puesto de trabajo con la dificultad que en este caso encontraba cualquier intento de dar una interpretación amplia de una norma prohibitiva que, además, buscaba alterar el criterio eminentemente más amplio de la regulación anterior<sup>138</sup>.

Finalmente, esta dulcificación concluyó declarando que esta misma limitación no sería de aplicación cuando las extinciones de contratos se hubiesen producido con anterioridad al 18 de junio de 2010. Pues bien, una norma de este tipo pudo en su momento ser lógica cuando la DA 1 Ley 63/1997 de 26 de diciembre, introdujo por primera vez esta modalidad, dando unas reglas que requerían su conocimiento para su posible exigencia posterior. Pero incorporarlas ahora cuando estas mismas reglas no endurecían, sino que incluso flexibilizan un régimen progresivamente dulcificado, suponía hacer tabla rasa y permitir injustificadamente unas prácticas que hubieran debido considerarse inadmisibles.

#### II.2.4. Las modificaciones en relación con el despido

Ya por último, una línea similar –esto es, evitar aquellos puntos del régimen jurídico que pudieran plantear dudas o cortapisas a la utilización de esta modalidad– tuvieron las tres reformas –dos directas y una indirecta, a mi juicio importante– que introdujo en 2010 el legislador en relación con la extinción de este tipo de contratos. Se trataba, no obstante, de reformas si se nos permite puntuales y que, desde luego, no llegaron a tener el calado de algunas de las que durante el proceso de negociación llegó a proponer por escrito el propio Gobierno<sup>139</sup> y sobre las que sin embargo volveremos al analizar el régimen que el RDL 3/2012 establece para los contratos vigentes de una modalidad que, por lo demás, se extingue por su simple generalización. Pero no adelantemos acontecimientos.

La primera de estas reformas, y la más llamativa, como ya señalamos, dentro de la lógica que inspiraba la reforma de 2010, fue la relativa a garantizar la posibilidad de un despido expreso también en las extinciones por causas objetivas de este tipo de contratos. El origen de esta

<sup>137</sup> Ampliamente y compartiendo plenamente su opinión F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación...", cit., p. 133.

<sup>138</sup> Sobre el origen y justificación de esta modificación, nuevamente, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "El contrato de fomento de la contratación...", cit., p. 134.

<sup>139</sup> Por ejemplo, "igualar el coste de indemnización del despido improcedente por causas económicas y disciplinarias, como sucede en el contrato indefinido ordinario". Sobre el tema, por todos, J. LUJÁN ALCARAZ, "El contrato para fomento de la contratación...", cit., p. 266

duda se encontraba, quizás, en la algo confusa redacción, tanto en la Ley 63/1997, como posteriormente, en la Ley 12/2001 del punto 4 de sus correspondientes DA y en los que se señalaba que cuando el contrato se extinguiese por causas objetivas y “la extinción” fuese “declarada improcedente”, la cuantía de la indemnización sería de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Esta exigencia de declaración judicial motivó que por algunos se dudará si, en aquellos casos en los que no existiera tal declaración, sino simple reconocimiento de la misma por el propio empresario –a efectos, claro está, de impedir el nacimiento de los salarios de tramitación– tal cuantificación de la indemnización sería admisible. Y aunque, por lo que parece, la doctrina de suplicación se movió ya desde un principio en esta línea<sup>140</sup>, la reforma de 2006 pretendió clarificar aún más la cuestión señalando que “si se procediera según lo dispuesto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1.b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior”. En cualquier caso, de lo que no cupo duda es de que la reforma de 2010 clarificó aún más la cuestión incluyendo en el apartado 4, junto a la declaración judicial, la expresión “o reconocida como tal por el empresario”. Nada más, pues, que añadir.

La segunda modificación abordó la posible utilización del despido objetivo en supuestos en los que, al menos teóricamente, serían pertinentes otras formas de extinción unilateral empresariales, especialmente en los supuestos de despido disciplinario improcedente. Pues bien, en este supuesto, la reforma, desechada la propuesta original del Gobierno de extender a los despidos disciplinarios la reducción de indemnización previsto para los objetivos, se limitó a incorporar un nuevo párrafo en el punto 4 de la DA 1 Ley 12/2001, de acuerdo con el cual cuando el trabajador alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión.

En una primera lectura podría parecer que se trataba sólo de la aceptación de una práctica ya extendida en nuestra doctrina de suplicación y en virtud de la cual “la existencia de fraude o de abuso del derecho no pueden presumirse... no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento... cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano<sup>141</sup>”.

No obstante, obsérvese que en su estricto tenor literal, la norma no exigía al trabajador la prueba de la absoluta inexistencia de causa alguna del despido, sino, más concretamente, que la “causa real del despido es disciplinaria” en línea con lo que aún hoy mantiene el art. 121.3 LRJS. Por lo tanto, literalmente al trabajador no le bastaría con demostrar la absoluta ausencia de causa extintiva económica, técnica, organizativa o productiva, sino, que además debería justificar que la causa de la decisión empresarial era un pretendido incumplimiento contractual del trabajador, lo que más allá de los tintes casi surrealistas que adopta la cuestión, dificultaría la

---

<sup>140</sup> Por todas Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sentencia núm. 1670/2010 de 29 noviembre (JUR 2011\49570) –“no puede tener favorable acogida la tesis sostenida por la demandada, pues no es preciso una declaración judicial de la improcedencia del despido para que opere la limitación de la cuantía indemnizatoria pactada” – y TSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 20/2007 de 11 enero.

<sup>141</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia núm. 2958/2007 de 24 abril (AS 2007\2127).

doctrina que en este campo, aún puntualmente, inició anteriormente alguna doctrina de suplicación<sup>142</sup>.

Finalmente, y en tercer lugar, no debe olvidarse que, puesto que el núcleo de incentivación de esta modalidad se concentraba en el tratamiento indemnizatorio del despido objetivo, toda modificación del mismo podía llegar a tener un importante impacto sobre el mismo. Pues bien, más allá de la redefinición de la causa empresarial —que, en realidad tenía una trascendencia a mi juicio menor en este ámbito, ya que el fomento de esta modalidad estaba focalizado, no se olvide, en el despido improcedente— sí había, al menos en mi opinión, dos reformas ciertamente interesantes a estos efectos: la redefinición de los despidos nulos e improcedentes, equiparando el tratamiento de los defectos formales a lo que acontecía en el despido disciplinario, y la reducción del plazo de preaviso de un mes a quince días<sup>143</sup>. Y ello porque en muchas ocasiones, sobre todo cuando el contrato aunque indefinido se preveía de posible extinción en un plazo de uno o dos años, estos treinta días de preaviso, que casi siempre se suplían por su mero abono, y que eran inexistentes en los despidos disciplinarios de los contratos ordinarios, hacían que, paradójicamente, y creo que hasta prácticamente los dos años, la indemnización —si se monetizaba este preaviso— fuera en su conjunto más baja en los despidos exprés ordinarios que en el despido improcedente objetivo de un contrato de fomento. De ahí, como les digo, la importancia en este caso de esta aparentemente modificación “menor” del régimen del despido objetivo.

---

<sup>142</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 334/2007 de 14 mayo (AS 2007\1752) “y ello por una razón tan sencilla como fundamental, cual es que la extinción del contrato de trabajo en cuestión, aunque basada formalmente en causas objetivas, supuso, en realidad, una instrumentalización de este supuesto de extinción contractual, buscando con tal forma de proceder un fin totalmente distinto del perseguido por la norma a la que se acogió -artículo 6.4 del Código Civil). En otras palabras, la alegación de causas económicas y organizativas para proceder a la extinción del contrato de la actora fue en esta ocasión puramente nominalista, estando presidida no por el designio que guía la amortización de puestos de trabajo según el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, sino por el exclusivo fin de tratar de abaratar al máximo la decisión de prescindir sin causa alguna que lo justificase de los servicios que para ella venía prestando la trabajadora... En definitiva, dos son los requisitos determinantes para que proceda aplicar este régimen de indemnización reducida en caso de despido improcedente, sin perjuicio de aceptar, como ya expusimos, la legalidad del contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida que desde el día 8 de noviembre de 1997 vinculó a las partes: uno, que su extinción se base en causas objetivas, obviamente reales, con independencia de que, al cabo, se demuestren suficientemente; y el otro, que la misma sea declarada improcedente.”. En un sentido similar, J. GÁRATE CASTRO, “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 1, Tomo 1, (LA LEY 15077/2010) “la mera manifestación de que el despido se fundamenta en una de las causas objetivas se saldará, aunque la verdadera motivación de la decisión extintiva sea otra o, simplemente, no obedezca a causa alguna, con el abono de la indemnización reducida que aquí se contempla. El medio para conseguirlo salta a la vista: dificultar que pueda prosperar la acción del trabajador tendente a fijar la verdadera motivación y naturaleza del despido”. Sobre los tintes surrealistas a los que podía conducir esta cuestión F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El contrato de fomento de la contratación...”, cit., p. 137 y ss.

<sup>143</sup> En un sentido similar, nuevamente, J. LUJÁN ALCARÁZ, “El contrato para fomento de la contratación...”, cit., p. 277; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El contrato de fomento de la contratación...”, cit., p. 142.