

EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN EN EL RDL 32/2021

Magdalena Nogueira Guastavino
Catedrática de Derecho del Trabajo. UAM

I. Introducción

A instancias de la AEDTSS me sumo a los “briefs” sobre la reforma. Una iniciativa, sin duda, que hay que saludar y, en lo que a mí respecta, agradecer y que me coloca en la posición de tener que abordar el nuevo contrato para circunstancias de la producción. De las materias reformadas, la relativa a la **reducción de la temporalidad a reforzar la estabilidad de los trabajadores constituye uno de sus núcleos gordianos**. En estas breves líneas tan sólo nos ceñiremos al ámbito objetivo de dicho contrato, remitiendo para otras cuestiones sobre el mismo a los estudios de E. Rojo, I. Beltrán, M. Rodríguez Piñero, M. Nogueira o los brief de la propia AEDTSS.

Pues bien, frente a su precedente, que parecía permitir la elección en el tipo de contrato de trabajo a realizar (“podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”), la nueva redacción del art. 15 ET parte de una declaración contundente de que el contrato de trabajo se “presume concertado por tiempo indefinido”. Ello ya pone en aviso sobre la deliberada intención de restringir el ámbito de la contratación temporal. Lo que ratifica el cambio de redacción respecto a los contratos de duración determinada permitidos. Frente al “podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:” que a continuación se enumeraban, ahora se circunscriben las posibilidades “solo” y únicamente a dos: “el contrato de duración determinada *sólo* podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora”. En ambos se refuerza la causalidad obligando a que se especifique “la causa habilitante de la contratación temporal”, así como “las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”. Con ello se facilita un posterior control sancionador y judicial.

II. El contrato de circunstancias de la producción (art. 15.2 ET)

El nuevo contrato por circunstancias de la producción se puede celebrar en dos situaciones:

a) Incremento ocasional e imprevisible de la producción

El contrato por circunstancias de la producción “**imprevisibles**” incorpora el tradicional contrato eventual por circunstancias de la producción que se deroga con la reforma. Se

trata de cubrir la necesidad temporal (“ocasional”) imprevista por circunstancias de la producción (antes: mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos), que producen un **desajuste temporal** de la mano de obra para responder a dicha actividad empresarial. En definitiva, como antes, se trata de un incremento de la actividad que no puede ser cubierto con la plantilla fija de la empresa y que por su propia temporalidad no justifica tampoco obligar a la empresa a ampliar permanentemente su plantilla. Se trata de un contrato que se puede celebrar por un periodo máximo de 6 meses (ampliable por convenio colectivo sectorial hasta máximo 1 año) y que permite una **única prórroga** en caso de concertación por plazo inferior.

	Por causas imprevisibles	Por causas previsibles
Concepto	<ul style="list-style-type: none"> - Cuando se produzca un incremento ocasional e imprevisible de la producción, así como cuando se produzcan “oscilaciones” (incluidas las vacaciones anuales) que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un “desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”. - El desajuste no debe responder a causas que permitan celebrar un contrato fijo discontinuo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Para atender a situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada. - No es causa del contrato la realización de trabajos en el marco de contratas subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa
Duración	<ul style="list-style-type: none"> - 6 meses (ampliable por convenio sectorial hasta máximo 1 año). - Se mantiene posibilidad de una única prórroga en caso de concertación por plazo inferior 	<ul style="list-style-type: none"> - Se puede usar este contrato un máximo de 90 días en el año natural, que no pueden ser continuados - Independientemente de las personas trabajadoras necesarias para atender en cada uno de dichos contratos las necesidades, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. - Obligación de la empresa de hacer una previsión anual del número de contratos de este tipo que va a realizar a lo largo del año comunicándola a la representación legal de los trabajadores en el último trimestre de cada año.

A su configuración clásica se adiciona un supuesto que, a pesar de la denominación del contrato (circunstancias de la producción) responde más bien a causas organizativas en sentido estricto, como es el de la cobertura de **vacaciones** de las personas trabajadoras. El TS venía considerando que esta circunstancia no se ajustaba a un contrato eventual por no poder configurarse como una causa ocasional, sino ordinaria y permanente, plenamente previsible, pero mucho menos a un contrato interino al no estar la relación suspendida (**TS 30-10-19, Rec 1070/17**). Tampoco ahora parece que las vacaciones puedan calificarse como una circunstancia “imprevisible” -en nuestro ordenamiento interno se deben conocer con al menos dos meses de anterioridad a su disfrute (art. 38.3 ET)- . La necesidad de cobertura temporal de las vacaciones podría haberse colmado

mediante contratos fijos discontinuos (en caso de empresas con vacaciones ciertas y predeterminadas claramente cíclicas) o con los nuevos contratos de sustitución, pues la negativa judicial a considerarlos como tal traía causa de su falta de previsión legal, pero al igual que ahora se permite la “sustitución” de jornada, podría haberse ampliado expresamente a las vacaciones y solventarse un problema interpretativo dotando de mayor certeza jurídica a los empleadores. En mi primer acercamiento (La simplificación de la contratación temporal en la reforma laboral de 2021) insistía yo en que podían haberse recogido las vacaciones en el nuevo fijo discontinuo, no sólo por responder a necesidades cíclicas permanentes y no temporales, aunque su duración sea delimitada en el tiempo, sino por resultar más acorde el objetivo de acabar con la temporalidad y fomentar los contratos indefinidos.

Una reflexión ulterior, que obliga a indagar en la mente e intención del legislador y en cuál podría ser el verdadero sentido de reconducir las vacaciones a este contrato “temporal” por circunstancias de la “producción” me lleva a encontrar **otra explicación más acorde con el sentido y sistemática del precepto**, y que aboca a una interpretación “bipolar” o “ambivalente”, por así decirlo, de las vacaciones. Me explico, la razón de su ubicación en esta modalidad contractual podría residir en el hecho de que, en realidad, **el punto de mira del legislador atiende, precisamente, al efecto y no a la causa, esto es, no a las vacaciones (causa organizativa), sino al desajuste organizativo que éstas “pueden” provocar en la producción (efecto productivo)**. En la medida en que las vacaciones no siempre generan una desorganización y un desajuste temporal entre el empleo disponible y “el que se requiere” para atender al mercado, la modalidad contractual adecuada para cubrir las podrá ser la temporal del art. 15.2 ET sólo cuando se demuestre que la contratación temporal presenta *conexión* con los requerimientos de la demanda y las oscilaciones se derivan de circunstancias (ahora sí) “imprevisibles” de la producción. En otro caso, en empresas con vacaciones claramente establecidas, predecibles en el tiempo y en las necesidades cíclicas, lo procedente, sería la figura del contrato fijo discontinuo. Situación dual que podría ratificar el hecho de que el propio art. 15.2 ET especifique que sólo son susceptibles de contratación de duración determinada por esta vía los desajustes temporales entre el empleo estable disponible y el que se requiere “siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 ET”, es decir, que no respondan a causas que permitan celebrar un fijo discontinuo, de modo que, a contrario, cuando sí pudieran celebrarse -por la reiteración de la necesidad en el tiempo- se cierra entonces la vía de la temporalidad.

b) Situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida y delimitada

Una segunda modalidad del contrato por circunstancias de la producción es la que se ofrece para causas **previsibles** o, literalmente, “para atender a **situaciones ocasionales, previsibles**” de “**duración reducida y delimitada**”. Se trata además de un **contrato subjetivamente plural** en tanto permite a las empresas gozar de 90 días de contrato, discontinuos, cuando se produzcan las situaciones previsibles, pero **permitiendo, en el marco de cada contrato, la contratación de un número indeterminado** (¿toda o la mayoría de la plantilla?) de personas trabajadoras con carácter temporal para atender la situación a cubrir.

Se trata de un contrato cuya novedad y redacción provoca numerosas dudas interpretativas. La primera de ellas en cuanto al **propio cómputo temporal de los 90 días**, si coincide, o no, con la duración del propio contrato temporal vinculado; cuál es el alcance de la discontinuidad (¿valdría 89 de un golpe y 1 de otro?), es decir si el número de días es de “eventos” u “obras/servicios” previsibles como algo “identificado” (¿sustantividad y autonomía propia?) o si, a su vez, los trabajadores pueden estar como máximo contratados en la empresa 90 días, o ambas cosas a la vez. Dudas manifestadas por la doctrina (I. Beltrán/F. Durán *en prensa*) y que pudieran referirse a una “apertura de ventanas” de contratación temporal (para lo que remitimos a un imprescindible artículo de próxima publicación de F. Durán).

También el propio ámbito objetivo de aplicación genera dudas, pues parece la vía con la que se trata de **reconducir los anteriores contratos de obra y servicio, pero sin una gran exigencia causal** (frente al de obra y servicio que al menos exigía sustantividad propia), poniendo el **énfasis tan sólo en la temporalidad de la necesidad**. Una interpretación meramente literal permite la entrada de numerosos supuestos temporales antes no permitidos, siempre que su duración sea reducida y limitada. Con ello parece que se acepta la idea de que la empresa en ocasiones tiene necesidades temporales delimitadas, puntuales, que no necesariamente responden a un “pico” de producción de la actividad normal de la empresa, sino a actividades normales (o no) de la empresa, pero “ocasionales” de escasa duración para las que no puede obligarse a una contratación permanente. La reforma impondría, así pues, un límite temporal máximo (90 días al año) para abordar las circunstancias de duración reducida y limitada, a partir del cual se considera que las tareas del empleador tienen ya naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida.

En esta segunda **modalidad no se alude expresamente a que los contratos traigan causa de circunstancias de la actividad “normal” de la empresa** (como sí hace de ser las circunstancias de la producción imprevisibles), por lo que podrán referirse a necesidades temporales de la propia actividad o al margen de ella. Pero en esta modalidad el precepto declara que **“no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”**. Si el cliente no es otra empresa (contrata) ¿se abre sólo entonces la posibilidad de hacer este contrato? Podría entonces acoger esta modalidad todos los supuestos en que el empresario, pudiendo acudir a una contrata (externalización) para cubrir su necesidad temporal de empleo, decide, en lugar de ello, contratar a los trabajadores de modo directo. Por poner un ejemplo, una empresa de restauración que conoce (previsible) que en mayo se celebran muchas bodas y va a tener que organizar banquetes (situación ocasional) a tal efecto, de duración reducida (un día) y delimitada *ex ante*. ¿Por cada boda puede hacer un contrato de circunstancias de la producción previsibles y, a su vez, contratar, bajo su paraguas, a todas las personas trabajadoras que van a prestar servicios en el banquete? ¿no es casi lo mismo que organizar una contrata “propia” *ad hoc*?

Lo curioso, además, es que **en esta modalidad no se estipula expresamente que su causa no puede solaparse con la de un fijo discontinuo** (como sí se hace en las causas

imprevisibles). Sin embargo, no parece que en este caso se deba extraer una conclusión distinta. La referencia a que las situaciones sean “ocasionales” pondría de manifiesto que se alude a cualquier necesidad productiva que no sea una constante en el ciclo productivo empresarial y no se reitere en el tiempo; ocasional, como falta de continuidad y al margen de cualquier ciclo de reiteración regular, en contraposición con la intermitencia (determinada o no) característica del contrato fijo discontinuo (trabajos no estacionales que sean de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, sean o no determinados). Por ello, el contrato de duración determinada por circunstancias previsibles se podrá utilizar exclusivamente para actividades o tareas que no sean intermitentes. De este modo no cabrán estos contratos para peonadas o faenas de recolección agrícolas (reconducibles al fijo discontinuo estacional a pesar de que el contrato de obra y servicio haya sido utilizado sistemáticamente en muchos de estos casos), ni de trabajos también cubiertos por contratos de obra en el sector turístico que, por su carácter igualmente cíclico, imponen la fijeza, aunque sea discontinua, ni incluso, si se apura, a empresas dedicadas a organizar eventos exclusivamente en tanto se trataría de la actividad habitual ordinaria de la empresa y de una contrata en sentido propio y sólo podría acudir a l contrato temporal si es un evento extraordinario u “ocasional” aunque sea previsible lógicamente con antelación. Aunque algún autor (E. Rojo) parece reconducir de nuevo a esta modalidad las campañas de rebajas, de duración determinada y limitada, no creo que sea posible, precisamente, porque a pesar de no ser un trabajo estacional, es de prestación intermitente con un periodo de ejecución normalmente cierto reconducible, como ya lo estaba, en el fijo discontinuo. En contraposición a ello, podría resultar una vía factible para satisfacer gran parte de las necesidades empresariales estrictamente temporales, atendida la temporalidad en su breve y delimitada duración. El legislador hace coincidir la estructuralidad de la causa con su temporalidad (duración determinada estructural), de modo que sí existiría causa temporal (necesidad temporal) pero haciendo dejación de su contextualización. Deja de exigir que sea una obra con autonomía propia o un lanzamiento de actividad o cualquier otro “motivo”, lo que demuestra un grado loable de respeto a la realidad empresarial y su multidiversidad, de tal modo que sea cada empresa la que decida en qué y cuándo se encuentra con esa necesidad temporal que permite activar un contrato plural que dé cabida a los trabajadores/as necesarios para satisfacer esa necesidad estrictamente temporal.

Ahora bien, en todo caso esa “bolsa” o, mejor, “margen” de temporalidad permitida, estaría sometida a **rigurosos condicionamientos**: a) No más de 90 días al año se puede celebrar el contrato de circunstancias previsibles determinadas (y entiendo que no más de 90 días puede/n estar vinculadas temporalmente a la empresa la/s persona/s trabajadora/s contratadas en virtud de dichos contratos, aunque esta cuestión no queda nada clara, porque podría suponer 90 días alternos, por ejemplo, contratos a los trabajadores de un día, parece que sí podría con los consiguientes incrementos de cotización); b) Dichos días no pueden ser continuados lo que no quiere decir que necesariamente todos ellos deban ser discontinuos pudiendo existir necesidades temporales de 7 días y otras de 1 día que en su conjunto irían consumiendo el máximo anual concedido; c) El número de personas trabajadoras deberá estar en consonancia con las necesidades temporales estructurales permitidas y no dedicarlas a tareas desconectadas de la necesidad que activa la nueva modalidad contractual; d) Por mucho que las necesidades sean previsibles de duración reducida y delimitada, además, no deberán ser cíclicas, sino ocasionales.

Sobre dicha configuración (además de la obligación de la empresa de realizar una previsión anual del número de contratos de este tipo que va a realizar a lo largo del año a la RLT) entiendo que también en esta segunda modalidad se produce una posible “ambivalencia” en cuanto a la contratación a realizar que vendrá determinada por las circunstancias concretas del caso. Siguiendo el ejemplo propuesto, si una empresa de hostelería sabe que en alguna ocasión ha hecho bodas, pero que son ciertamente una actividad ocasional, que se puede dar por mayo o por junio, pero que no puede confirmarse que sea cíclica en sentido estricto, por el tipo de actividad de restauración que despliega habitualmente (imagínese una tasca), cabría sin problema este tipo de contrato temporal, contratando tanta gente como necesite para solventar la necesidad ocasional temporal. Ahora bien, si la empresa está especializada en bodas, no parece que la necesidad previsible y determinada revista los caracteres de “ocasionalidad” requeridos por la norma y debiera resolverse a favor de una contratación fija discontinua al tratarse de una actividad habitual de la empresa.

En fin, para finalizar, las dudas que presenta este contrato se intensifican cuando, además de excluir la norma que sea posible hacer estos contratos temporales de causas previsibles en supuestos de “contratas y concesiones”, de inmediato, precisa que ello es así “**sin perjuicio, de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores**”. Entonces ¿puedo o no puedo celebrar estos contratos en el marco de una contrata? Aunque muy poco claro, el RDL parece que se sigue la última doctrina del Tribunal Supremo (STS Pleno 29-12-2020, r. 240/2018) respecto a que ya no se pueden realizar contratos de obra y servicio vinculados a una contrata porque ello supondría autorizar como temporal la parcelación de lo que no es más que la actividad habitual y permanente de la empresa, rechazando que, en tales casos, concorra una causa temporal estructural (doctrina que rectificaba de modo unánime la consolidada y mantenida hasta entonces por el propio Tribunal en sentido opuesto). De este modo, **la celebración de una contrata en sí misma no permitiría la contratación temporal para su cumplimiento**. Pero lo que parece que sí se permite sería que una empresa, una vez que se esté desarrollando la actividad de la contrata, acuda a la contratación temporal por circunstancias de la producción cuando se den situaciones ocasionales, puntuales y determinadas en las que concurren las causas (previsibles o no) exigidas por el art. 15 ET (F. Durán en prensa), posibilidad que dejaba también cubierta con carácter excepcional la sentencia de Pleno indicada. Lo que resultaría lógico pues, en otro caso, pudiera parecer que las empresas cuya actividad se sostiene básicamente en el desarrollo de contratas, prestando servicios para empresas y no directamente a particulares, tendrían prohibido celebrar este tipo de contratos de duración determinada.

III. Conclusiones

La nueva regulación, según reza su EM, pretende reducir los contratos temporales reforzando su causalidad. A mi juicio, no creo que ello se haya conseguido en su plenitud. La multiplicidad de conceptos indefinidos (I. Beltrán) podría dar entrada a litigios y a interpretaciones muy amplias de los tribunales que pongan en entredicho la finalidad perseguida. Queda claro, no obstante, que al realizar dicha interpretación el elemento teleológico resulta esencial y que el objetivo esencial perseguido por la reforma, recogiendo el pacto de los interlocutores sociales, es la búsqueda de la estabilidad en el empleo y la reducción del empleo temporal. En todo caso, el debate parlamentario (en su

caso), debiera resultar el espacio adecuado para “perfilar conceptos” y dotar de mayor seguridad jurídica a la contratación de duración determinada, sin desfigurar el acuerdo social, pero ayudando al ciudadano a interpretarlo. Por otro lado, las leyes y reformas no siempre alcanzan sus objetivos ni modifican mágicamente la cultura de la temporalidad. Baste recordar la Ley 35/2010, cuya finalidad era evitar la dualidad del mercado de trabajo español, incrementando indemnizaciones en los temporales, endureciendo el encadenamiento de contratos, o poniendo límites máximos a los de obra. La reforma ha operado un desplazamiento del centro de gravedad de la respuesta a la infracción legal sobre el principio de causalidad de la contratación temporal al ámbito de la sanción administrativa y abunda en desincentivos costosos para la empresa como el bonus malo para contratos de escasa duración (A. Baylos). Medidas altamente disuasorias. Como lo es que el mero incumplimiento del art. 15 ET, en cualquier aspecto, provoque la fijeza de la persona fallidamente contratada como temporal (sin, parece, posibilidad de demostración en contrario). Pero esperemos que la reforma no se quede en una cultura de la “temporalidad encarecida” (a veces por doloso fraude, pero otras por entender el asesor legal o la empresa que un contrato tiene cabida en uno de los nuevos contratos por su insegura delimitación). De lo que no me cabe duda es de que la reforma fomenta un paso firme hacia un cambio de paradigma.