

# LAS MEDIDAS SANCIONADORAS FRENTE A LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** abuso, temporalidad, desincentivo, sanciones

Un estudio sobre las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal exige un análisis previo del propósito de la Reforma. Se busca desentrañar si realmente la norma supone un cambio de paradigma, si la remodelación del sistema de contratación es de tal calibre para reajustar los datos de temporalidad y si las penalizaciones operan, como debieran, solamente sobre la contratación irregular o abusiva. Es precisa una demarcación más precisa entre la temporalidad excesiva, la rotación o los mini contratos y la transgresión normativa, porque para ambos escenarios se prevén ciertas medidas punitivas. El aspecto central y más novedoso es la revitalización del control sancionador en el marco de una apuesta ya decidida por una actuación contundente de la Inspección de Trabajo en la lucha contra el fraude y el abuso en la contratación temporal.

## ABSTRACT

**Key words:** abuse, temporality, discouragement, penalties

A study of the penalties for temporary contracts requires a prior analysis of the purpose of the Reform. The aim is to unravel whether the regulation really represents a paradigm shift, whether the remodeling of the employment system is of such a caliber as to readjust the data on temporary employment and whether the penalties operate, as they should, only on irregular or abusive employment. A more precise demarcation is needed between excessive temporariness, rotation or mini-contracts and regulatory transgression, because for both scenarios certain punitive measures are foreseen. The central and most novel aspect is the renewal of disciplinary control in the framework of the Labour Inspectorate's firm commitment to take decisive action in the fight against fraud and abuse in temporary employment.

## ÍNDICE

1. LA LUCHA CONTRA LA TEMPORALIDAD COMO PRINCIPAL LEITMOTIV DE LA REFORMA 2021
2. “REVITALIZACIÓN” DE LA CAUSALIDAD Y PRESUNCIÓN GENERAL DE INDEFINICIÓN DEL CONTRATO
  - 1.1. El “renacimiento” de la presunción de contrato indefinido
  - 1.2. La “revitalización” del principio de causalidad
3. ¿ESTAMOS ANTE UN VERDADERO CAMBIO DE PARADIGMA?
4. MEDIDAS DISUASORIAS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
  - 4.1. Incremento de las cotizaciones en contrataciones de corta duración
  - 4.2. A vueltas con la indemnización por fin de contrato
5. LA SANCIÓN LABORAL: ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO
  - 5.1. Cambios en la regla de adquisición de fijeza ex art. 15.4 ET
  - 5.2. Insuficiencia de efectos
  - 5.3. El papel de la negociación colectiva
6. REFUERZO DE LA LABOR INSPECTORA Y REFORMA DEL TEXTO DE LA LISOS
  - 6.1. El Plan Director por un trabajo digno (2018-2020) y los planes de choque
  - 6.2. El Plan estratégico de la Inspección de Trabajo 2021-2023 y la automatización
  - 6.3. Reforma del Texto de la LISOS
  - 6.4. Individualización de las infracciones
  - 6.5. Incremento de las cuantías sancionadoras

### 1. LA LUCHA CONTRA LA TEMPORALIDAD COMO PRINCIPAL LEITMOTIV DE LA REFORMA 2021

Sin necesidad de realizar valoraciones de conjunto sobre la Reforma, sobre su alcance, la correspondencia de su contenido con lo esperado o algunos puntos reseñables precisados de ajustes o claramente desfasados, quiero ser optimista al contemplarla como un paso inicial hacia un nuevo paradigma de relaciones laborales y una ordenación más garantista de los derechos de las personas trabajadoras. Pese a las críticas que se verterán a lo largo del trabajo, esta idea de cambio de enfoque presidirá la exégesis. No ha pasado inadvertido que, en puridad, el objetivo más relevante de los incluidos en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo<sup>1</sup> hace referencia a la lucha contra la temporalidad. Y ello no solamente por las modificaciones del sistema de contratación sino también en el contexto de otras apuestas como la flexibilidad interna como alternativa a la externa, para situaciones coyunturales, reflejada de forma bastante más diáfana en el preámbulo<sup>2</sup> que en el articulado.

<sup>1</sup> BOE 30 de diciembre. Corrección de errores en BOE 19 de enero de 2022.

<sup>2</sup> Se ha dudado de la credibilidad de las exposiciones de motivos, preámbulos o introducciones pues para nada se ajusta lo que se dice en ellas a las medidas que se adoptan, ni son ciertos los

Sin más dilaciones, a la hora de explicar la norma se afirma que desde la aprobación del ET-80<sup>3</sup> el trabajo ha evolucionado arrastrando siempre el pesado lastre de la temporalidad que ha impedido a una parte importante de las personas trabajadoras ejercer de forma plena sus derechos y ha creado una inercia, de dimensión cultural, que ha mermado el crecimiento de las empresas y su productividad. Aspecto que ya destacara el profesor Valdés al señalar que “la temporalidad ha conseguido convertirse en el inseparable, bien que no deseado, compañero de viaje del mercado español de trabajo en los últimos veinticinco años”<sup>4</sup>.

Como se sabe, la situación se agravó en el año 84 al darse carta de naturaleza a la contratación temporal sin causa para el fomento del empleo, con nefastos resultados, que no han sido revertidos en las sucesivas reformas que, al menos como objetivo, esgrimían el fomento del empleo estable y de calidad y la lucha contra la temporalidad. A vuela pluma puede concluirse que si las medidas de fomento de la contratación indefinida no han tenido el éxito esperado, tampoco se ha limitado con excesiva determinación ni la utilización de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, postergando en numerosas ocasiones el principio de causalidad, ni combatido su uso desviado o fraudulento, con medidas a veces erráticas, si no desenfocadas y otras ineficientes a la hora de distinguirlo del uso correcto y justificado de los contratos temporales.

En la práctica, la vía de la contratación temporal fue expandiéndose hasta llegar a afirmarse que dejó de ser la excepción para convertirse en la regla<sup>5</sup>. Si

resultados que se auguran de esas medidas, Alfonso Mellado, M.C., “Las reformas laborales de 2012: una valoración inicial”, en Alfonso Mellado, C.L. y Rodríguez Pastor, G.E. (Dirs.), *Reforma Laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2013, p. 19. Un recorrido por la precariedad en las exposiciones y preámbulos de las reformas laborales en Saragossà Saragossà, J.V., “El discurso oficial de la precariedad laboral. Aproximación a las exposiciones de motivos de las reformas laborales en torno a la precariedad”, en Guamán Hernández, A. y Cordero Gordillo, v. (Dirs), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 109 ss.

<sup>3</sup> Aunque normas anteriores, como el RDL 43/1977, 25 de noviembre (BOE 26 de noviembre), ya autorizaban la contratación temporal de trabajadores en paro y trabajadores juveniles sin necesidad de sujeción a la regla de la causalidad (DA 1ª y 2ª) o el RD 41/1979, de 5 de enero (BOE de 12 de enero).

<sup>4</sup> Valdés Dal-Re, F., “25 años de precariedad en la contratación temporal”, *Relaciones Laborales* n° 25, 2010, p. 1 (versión consultada en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

<sup>5</sup> En este sentido, Aguilera Izquierdo, R., “El principio de «causalidad» en la contratación temporal”, *RMTAS* n° 33, 2001, p. 103. Aunque estas medidas de los años 80 se sitúan unánimemente en el origen de las desorbitadas tasas de temporalidad, se relativiza más el efecto del propio ordenamiento en su disminución, así a partir del año 2007 debe situarse más bien en la crisis que azotó al sector de la construcción, caracterizado por su uso masivo, Gómez Abelleira, F.J., “La contratación laboral temporal: balance y perspectivas”, en Gómez Abelleira, F.J. (Coord.),

los primeros excesos pueden atribuirse al propio legislador, los empresarios de inmediato acogen y normalizan la contratación temporal como un instrumento al servicio de objetivos económicos (reducción de costes laborales) y organizativos (flexibilidad en la organización del trabajo), para terminar convirtiéndose en una modalidad de contratación típica del sistema español de relaciones laborales<sup>6</sup>.

A la vista de esta consolidada práctica, el preámbulo estima que se trata de una anomalía, a la que se refiere incluso como a un “*planeta lejano*” respecto a la situación europea, con una tasa de temporalidad inasumible y con efectos mucho más allá de la duración efímera de los contratos de trabajo. Se muestra muy consciente el Gobierno (con las vestes de legislador) de los efectos negativos que suelen cifrarse en desigualdades y diferencias en el nivel de protección de la mano de obra, contracción del consumo y consiguientemente de la producción, escasa cualificación y formación de los trabajadores que impide la introducción de nuevas tecnologías, inmediata respuesta a las crisis vía extinciones contractuales, incremento del gasto en prestaciones de desempleo e incluso aumento de la siniestralidad laboral<sup>7</sup>, entre las más significativas. La norma también pone ahora el acento en la competitividad entre empresas, haciéndose eco del “*dumping social*” que la contratación temporal supone, como denunciara hace ya casi veinte años la doctrina<sup>8</sup>.

Pese a que el objetivo de poner coto a la temporalidad ha concurrido de una u otra forma en todas las reformas de la democracia<sup>9</sup>, incapaces, según el propio texto,

*La temporalidad laboral como problema jurídico. Diagnóstico y soluciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 27. Sobre los ajustes de plantilla a través de la destrucción de empleo temporal, por todos, Alfonso Mellado, C.L., “El fraude en la contratación temporal”, en Guamán Hernández, A. y Cordero Gordillo, v. (Dir.), *Temporalidad y precariedad...*, op. cit., p. 237.

<sup>6</sup> Valdés Dal-Re, F., “25 años de precariedad...”, op. cit., p. 4.

<sup>7</sup> Entre otros, Aguilera Izquierdo, R., “El principio de «causalidad»...”, op. cit., p. 105; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad”, RL nº 19, 2004, p. 3 (versión consultada en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)); Sala Franco, T. y López Terrada, E., “Propuestas para un debate sobre la reforma de la contratación temporal”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 11, 2017, p. 1092; Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 11, 2017, p. 1102; Pérez Del Prado, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”, en Gómez Abelleira, F.J. (Coord.), *La temporalidad laboral...*, op. cit., pp. 61 ss y más recientemente, “El caldo de cultivo para un pacto social. Algunos datos para reformar el mercado de trabajo en España”, *Labos*, vol. 2, nº 1, pp. 138 ss. Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 3, 2016, p. 209. En la misma línea, Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral* nº 210, 2017, p. 9.

<sup>8</sup> Sala Franco, T., “Puntos críticos de la contratación temporal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 3, 2003, p. 3.

<sup>9</sup> Un buen análisis de los distintos cambios operados en las reformas de los últimos 40 años en Sánchez Trigueros, C. e Hierro Hierro, F.J., “La contratación laboral en el Estatuto de los

de abordar de manera eficaz el problema, hay que poner el acento en el anunciado “cambio de rumbo” frente a las anteriores e intentar dilucidar si existen puntos diferenciales y se dejan atrás los notorios vaivenes y decisiones contradictorias de épocas anteriores. Se ha incurrido reiteradamente en el error de no distinguir de forma suficientemente diáfana entre el uso correcto de la contratación temporal y su uso abusivo, fraudulento e irregular. No se trata de frenar aquella contratación temporal inherente a las necesidades del mismo carácter de las empresas, sino poner coto a la temporalidad excesiva, que prácticamente duplica la media europea (una diferencia de casi 12 puntos porcentuales)<sup>10</sup>, sin causas concluyentes.

Se apunta a un cambio de las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo, generando así un cambio en las prácticas consolidadas, para revertir la cultura de la temporalidad. Y en este terreno, a buen seguro, la simple actuación normativa será insuficiente para acabar con este fervor por los contratos de duración determinada tan arraigado en nuestras empresas<sup>11</sup>.

Especial atención se presta, por ser fuente de precariedad e ineficiencias, a los contratos de escasa duración, que representan un porcentaje elevadísimo del total de contratos firmados anualmente, con el consiguiente exceso en la rotación. Asimismo, se destacan los efectos positivos de promover la estabilidad en el empleo y limitar el uso abusivo, injustificado y desproporcionado<sup>12</sup> de la contratación temporal. Si

Trabajadores: una visión diacrónica (1980-2020), *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 444, 2020, pp. 93 ss; también es interesante la lectura de Conde-Ruiz, J.I. y Lahera Forteza, J., “Contra la dualidad laboral”, *Fedea Policy Papers-2021/07*, en especial pp. 10 ss.

<sup>10</sup> Aunque hemos llegado casi a triplicarla, vid. Sala Franco, T. y López Terrada, E., “Propuestas para un debate...”, op. cit., p. 1090. Se mantiene más o menos estable en los últimos tiempos alrededor del 25%. En el 26,02% la sitúa, según datos de la EPA de los tres primeros trimestres de 2021, Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) 2021-2023, de 16 de diciembre (BOE 17 diciembre). No existe una única razón y menos vinculada a la estructura productiva, con alta repercusión de los contextos institucionales y económicos que afectan a las estrategias de empleo, Polavieja, J.G., “¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada”, *Reis* nº 113, 2006, pp.102-103.

<sup>11</sup> La perspectiva de su desaparición no resulta demasiado halagüeña, tiende a considerarse que una vez arraigadas, estas estrategias pueden perdurar incluso si las condiciones que las hicieron rentables en su día (incertidumbre económica y rigidez institucional) cambiaran, Polavieja, J.G., “¿Por qué es tan alta la tasa...?”, op. cit., p. 104. Un estudio centrado en los factores que explican este comportamiento empresarial en Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Sesgos y pautas del comportamiento empresarial y temporalidad ilícita”, *IUSLabor* 3/2019, pp. 114 ss.

<sup>12</sup> Descartadas otras causas justificativas, distintos autores ponen el acento en esta utilización excesiva/fraudulenta de la contratación temporal, unida a la abstención normativa, sin empleo de medidas suficientemente efectivas y disuasorias, Pastor Martínez, A., “La temporalidad endémica del mercado laboral español y su necesaria reforma legal”, *NET21* nº 7, 2021, p. 3; Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva a la contratación flexi-segura: reflexiones sobre un cambio de modelo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 401-402, 2016, pp. 27-28; Alfonso Mellado, C.L., “El fraude en la contratación...”, op. cit., p. 239. Sala Franco, T., “Puntos críticos...”, op. cit., p. 2.

la reducción de la tasa de temporalidad es un objetivo evidente e ineludible de esta reforma, “su consecución será medida del éxito de la misma”<sup>13</sup>, afirmación que levanta enormes suspicacias acerca de si se trata más bien de una operación estética que se contenta con trasvases (más o menos ficticios) hacia la contratación indefinida, algo contrastable con simples datos estadísticos. Me gustaría creer en unos objetivos más ambiciosos y en el logro de cambios reales en las estrategias de contratación empresariales.

## 2. “REVITALIZACIÓN” DE LA CAUSALIDAD Y PRESUNCIÓN GENERAL DE INDEFINICIÓN DEL CONTRATO

### 2.1. El “renacimiento” de la presunción de contrato indefinido

La norma propone una simplificación de los tipos de contrato y la generalización de la contratación indefinida, devolviendo al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada. Es palpable que es aquí donde el Gobierno (sustentado en la concertación social) ha sido más fiel a sus objetivos y promesas<sup>14</sup>, aunque no podemos olvidar las exigencias de Bruselas.

En relación con la indefinición del contrato, recupera el art. 15.1 ET la presunción general de que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido. El resurgir de esta fórmula, que figuraba en el texto original del ET-80, seguramente tiene más de declaración firme de intenciones que de cambio estrictamente jurídico del modelo, pero no ha de desdeñarse su relevancia en la exégesis de otros asertos legales. Pese a la disyuntiva presente en el texto anterior entre contratación indefinida y temporal, a la postre el sistema era causal, y cabía rastrear la preferencia por la contratación indefinida<sup>15</sup>. Ahora bien, desaparece el hipotético dilema y no cabe postular una alternativa u opción pura entre ambas formas de contratación. La cuestión puede

También los autores del documento FIDE según Cabeza Pereiro, J., “Sobre el documento FIDE”, op. cit., p. 247; Cardona Rubert, B. y Cabeza Pereiro, J., “El gran pacto social que debería esperar”, *Labos* vol. 2, nº 1, p. 127.

<sup>13</sup> El resultado de las reformas no ha dado nunca frutos evidentes y ello porque nunca ha sido combatida de forma seria y contundente, utilizando vías indirectas y trilladas, por ejemplo, la indirecta de potenciar el contrato indefinido, Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., pp. 33 y 35.

<sup>14</sup> Coincide sustancialmente con lo incluido en el Acuerdo del Gobierno progresista de coalición firmado el 30 de diciembre de 2019.

<sup>15</sup> Aunque para la doctrina “tanto la indeterminación como regla general u opción preferente, como el principio de causalidad en la contratación temporal son en el momento presente paradigmas, si no agotados, sumamente desgastados”, Martínez Moreno, C., “Reconsiderando el sistema español de contratación laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 42, 2016, p. 14.

parecer más formal que material pero concuerda con la clara intención del Gobierno, limitando el espacio a derivas en la aplicación que, a la postre, han provocado claros excesos en la contratación temporal. El planteamiento sigue siendo el defendido por la doctrina que reclamaba la necesidad de mantener el contrato indefinido como la modalidad típica y ordinaria del ordenamiento laboral<sup>16</sup>, pese a la incuestionable tozudez de los datos. La presunción debe orientar interpretaciones coherentes incluidas exigencias estrictas en el respeto a la causalidad y la justificación y ajuste de cada contrato celebrado.

## 2.2. La “revitalización” del principio de causalidad

El propósito declarado del RDL pasa por diseñar adecuadamente estos nuevos tipos contractuales para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal<sup>17</sup>, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras. Declaraciones que no han faltado en otros precedentes normativos, así era explícita en la Reforma 1994 donde se apostaba por el restablecimiento del principio de causalidad, exigiendo que los contratos de duración determinada tuvieran por objeto la satisfacción de necesidades empresariales de mano de obra *per se* temporales, aunque se siguieron manteniendo excepciones para contratos temporales con trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, perpetuadas en el tiempo<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1112, apoyándose en las conclusiones del documento del Grupo Fide. Sin embargo Cabeza Pereiro, J., “Sobre el documento FIDE”, op. cit., pp. 246-247, considera que en dicho documento no se ha alcanzado consenso sobre esta cuestión, aunque es la mayoritaria, probablemente por la desafección de los apóstoles del contrato único.

<sup>17</sup> Vid. las reflexiones sobre la ruptura del principio de causalidad y la generalización abusiva de la contratación temporal en Palomeque López, M.C., “Contratos de trabajo indefinidos y temporales (la duración del contrato como observatorio de las transformaciones económicas del ordenamiento laboral)”, RL nº 17, 2009, p. 7 (versión digital [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)). Sobre los efectos perversos de estas políticas basadas en la ruptura de la causalidad, Valdés Dal-Re, F., “25 años de precariedad...”, op. cit., p. 7.

<sup>18</sup> No hay que perder de vista que, además de continuar en vigor toda esta maraña de “contratos” temporales excepcionales, se siguen estableciendo otros, como la DF 2ª RDL 32/2021 que introduce una DA 9ª Ley de Empleo (celebración por las administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro de contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en este texto refundido, cuya duración no podrá ser superior a 12 meses). Sobre la contradicción implícita en este tipo de fomento del empleo temporal, por todos, Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 57. Tampoco en esto es unánime la doctrina, se consideran justificados por la necesidad de fomentar el empleo en colectivos con especiales dificultades de acceso o inserción, en especial en épocas de especial contracción del mercado de trabajo, Nicolás Bernad, J.A., “Presente y futuro de la contratación temporal para la atención de necesidades productivas. El contrato de protección creciente, y

Existía bastante consenso a la hora de remarcar la inadecuación de la regulación jurídica en este punto<sup>19</sup>, pero una enorme variedad de opiniones sobre los cambios concretos a emprender y sus efectos. La cuestión no es baladí pues viraban desde la desaparición de toda forma de empleo temporal, con propuestas nunca implementadas de contrato único<sup>20</sup> o análogas, a la afirmación de la existencia de necesidades coyunturales de las empresas que exigen herramientas legales adecuadas para su adecuada satisfacción<sup>21</sup>. Confirmando estas mismas necesidades, atendiendo a las brechas del principio de causalidad, lleno de recovecos y grietas, que le impiden combatir la precariedad y los amplios espacios dejados a conductas imaginativas con pocos resultados negativos, se apostaba por una reforma en profundidad de la disciplina de los contratos de duración determinada, desdeñando una visión negativa del recurso a la contratación temporal, que funcione de forma incondicionada, automática y absoluta<sup>22</sup>.

Esta línea parece seguir la Reforma al partir del reconocimiento de esta necesidad que ha de ser satisfecha con un sistema estrictamente causal, con una decisión más o menos firme de combatir los excesos o abusos con una reducción

propuestas políticas afines de cuestionable eficacia para el empleo y la competitividad”, *Cuadernos de Aranzadi Social. Necesidades Productivas y temporalidad laboral*, 2017, p. 7 (consultada en la base de datos *Aranzadi instituciones*).

<sup>19</sup> Así Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 28; Alfonso Mellado, C.L., “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos temporales”, *Temas Laborales* nº 107, 2010, p. 96, apunta a la necesidad de reformas que complementen las reglas existentes cerrando los resquicios legales que propician prácticas fraudulentas en “El fraude en la contratación...”, op. cit., p. 254.

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión en la que no hemos de entrar, entre otros, Álvarez Gimeno, R., “El contrato único de trabajo: propuestas y respuestas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 5, 2013, BIB 2013/1671, pp. 1 ss; Conde-Ruiz, I., “Contrato único para la igualdad de oportunidades”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 3, 2016, pp. 224 ss; Lahera Forteza, J., “Elogio y crítica jurídica a la propuesta de contrato de trabajo único”, *Relaciones Laborales* 2010-1, pp. 1251 ss; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Sobre el contrato de trabajo único”, *Relaciones Laborales* 2009-1, pp. 111 ss.

<sup>21</sup> Para algunos autores había que ir más allá del orden normativo, pues el abanico de opciones ofrecidas no era desmesurado, Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional...”, op. cit., p. 214. También para Suárez Corujo, B., “Nuevas fórmulas para combatir la contratación temporal: la indemnización por daños y perjuicios”, *Revista de Derecho Social* nº 65, 2014, p. 220 el diseño legal era equilibrado o al menos equivalente al de los países europeos de nuestro entorno.

<sup>22</sup> Destacando también su papel de mecanismo de acceso al empleo, Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...?”, op. cit., p. 18. Contrario a su desaparición, apostando por concretar las circunstancias en las que se producen necesidades productivas empresariales de trabajo de duración determinada Nicolás Bernad, J.A., “Presente y futuro de la contratación...”, op. cit., p. 1. Destacan también que es inevitable la convivencia con un determinado porcentaje de temporalidad estructural de empleo (no necesariamente bajo o reducido), Sánchez Trigueros, C. e Hierro Hierro, F.J., “La contratación laboral en el Estatuto...”, p. 119. Un único contrato temporal causal de

drástica del número de contratos y quizás más aparente que real, pues se ramifica en distintos subtipos. El plato estrella, como se sabe, es la desaparición del contrato de obra o servicio determinado y la reformulación del contrato por circunstancias de la producción. La remodelación ha quedado cercana a quienes defendían la unificación de las dos grandes modalidades de contratación temporal, con sujeción a un tope máximo único, con ciertas matizaciones a la vista del texto aprobado finalmente. Solución que, por sí sola, como ya defendiera la doctrina, no vendrá a solucionar el problema derivado de la alta tasa de temporalidad<sup>23</sup>, por ello se impone analizar el resto de medidas que la acompañan.

Los intentos previos de recuperación real del principio de causalidad<sup>24</sup>, en la Reforma del 97<sup>25</sup> eliminando la contratación no causal, con un fracasado contrato indefinido para el impulso de la estabilidad que apenas consiguió desbancar a los contratos temporales o en la Ley 12/2001, formalmente en un sistema de temporalidad estrictamente causal, pero con excepciones, uso de la temporalidad en el marco de programas formativos, y cierta mano ancha para acceder al empleo a través de contratos formativos o el nuevo contrato de inserción, nunca dieron los frutos esperados. Similares consideraciones merecerían las discutibles opciones de las reformas 2012-2013 por el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores o el contrato de primer empleo joven<sup>26</sup>, ya desaparecidos. En puridad, un contrato temporal encubierto y un contrato temporal sin causa o con una causa “de cobertura”, pese a mantenerse en el plano formal en una estrategia de promoción de la estabilidad laboral y reducción de las tasas de temporalidad<sup>27</sup>.

carácter abierto, o la recuperación de la contratación laboral estructural estricta propone Martínez Moreno, C., “Reconsiderando el sistema español...”, op. cit., p. 35.

<sup>23</sup> Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional...”, op. cit., p. 215.

<sup>24</sup> Aunque según la doctrina “sin la convicción debida”, Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1103. A la misma idea apunta Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional...”, op. cit., p. 212.

<sup>25</sup> Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE de 30 de diciembre). Sobre el fracaso de las sucesivas fórmulas de estímulo a la contratación indefinida, por todos, Suárez Corujo, B., “Nuevas fórmulas para combatir...”, op. cit., p. 211.

<sup>26</sup> Para el mismo remitimos a un trabajo anterior, “Un paso atrás en la política de fomento del empleo estable y de calidad: el contrato eventual de primer empleo joven”, en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil, XXXII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, CARL, 2014, pp. 293 ss. Sobre la otra medida estrella de la reforma y su escaso éxito, Alujas Ruíz, J.A., “Balance del contrato de apoyo a emprendedores: ¿una medida realmente efectiva de fomento del empleo indefinido?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 59, 2021, p. 1 ss.

<sup>27</sup> Un estudio sobre el incremento de las tasas de temporalidad en este período en Alujas Ruíz, J.A., “Contratación temporal y temporalidad durante la recuperación económica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 447, 2020, pp. 155 ss.

Volviendo al texto aprobado, sin entrar en los nuevos tipos contractuales, abordados monográficamente en otras contribuciones, cabría alguna consideración adicional sobre el refuerzo del principio de causalidad, encaminada a afrontar en mejores condiciones las medidas sancionadoras de la contratación abusiva. La simplificación numérica es patente, pero no tanto la redefinición de la causalidad, que arroja dudas sobre los supuestos concretos que justifican su utilización, debido a la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados, con términos no utilizados con anterioridad, que provocan dudas e interrogantes al operador jurídico, acentuadas al profundizar en el análisis, que obligarán a auténticos malabarismos interpretativos, en detrimento de la seguridad jurídica.

Y es que sigue sin estar claro si el problema estaba realmente en la configuración (estrictamente causal) que el ET hacía hasta ahora de los contratos temporales o a la laxitud con que se ha tratado el uso abusivo por las empresas, que lo han entendido como la principal forma de flexibilidad<sup>28</sup> y, a la postre, como “una vía de recuperar poder y autoridad en el seno de la empresa, de precarizar los derechos laborales”<sup>29</sup>.

### 3. ¿ESTAMOS ANTE UN VERDADERO CAMBIO DE PARADIGMA?

Admitido que se busca con ahínco atajar la temporalidad surgen al menos dos grandes ámbitos para la reflexión. El primero, si lo que se pretende es reducir a toda costa la alta temporalidad, la excesiva rotación y la micro contratación o, una vez recuperados la presunción de contrato indefinido y el principio de causalidad estricta, el punto de mira es la lucha decidida y estricta contra el uso irregular o fraudulento. El segundo, si una vez desentrañado el objetivo concreto, las medidas adoptadas son suficientes y eficaces para revertir la situación precedente.

La lectura del preámbulo no arroja demasiadas certezas para resolver la primera cuestión, esto es, la intención real de la norma, algo ambigua, con cierta tibieza en las respuestas, que igual no pueden ser unívocas dada la innegable complejidad del problema. Salvo error u omisión, son veinticuatro las veces que menciona el término temporalidad, acompañado de adjetivos como inasumible y excesiva, pero comparecen otros enemigos a combatir como la rotación (excesiva también), para concluir denunciando un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal. Y es evidente que con el empleo de estas formulaciones se busca responder a situaciones claramente diferenciadas. Llama la atención la casi plena desaparición del vocablo “fraude” que solo figura ya en el cuerpo de la Ley en tres ocasiones, en las normas comunes al contrato formativo (nuevo art. 11.4 h)

<sup>28</sup> En la misma línea, Valdés Dal-Re, F., “25 años de precariedad...”, op. cit., p. 4 gráficamente expresa que “la temporalidad es el altar en el que se rinde culto a la flexibilidad laboral”.

<sup>29</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Un diagnóstico sobre el modelo...”, op. cit., p. 4.

ET, que regula la consideración como indefinidos), en el modificado art. 7.2 LISOS (que en puridad mantiene la fórmula preexistente) y en una materia ajena a la que nos ocupa en este momento (período de consultas del ERTE en art. 47.3 ET).

Estos datos llevan a pensar que si la medida estrella en apariencia es el efecto disuasorio de las posibles sanciones administrativas, a través de su individualización y el incremento de sus cuantías, su insuficiencia lleva a seguir “penalizando” la contratación temporal, en especial la de corta duración o la concatenación contractual que supera unos determinados topes (más o menos comprensibles) establecidos *ope legis*. De ello deriva que el propósito ya no es tanto el fraude como el abuso (delimitado legalmente en la mayor parte de los casos), el exceso o la rotación y los incumplimientos de los requisitos legales, con actuaciones legislativas concretas, por acción (nuevas medidas) u omisión (pervivencia de las ya existentes) que reflejan esa mezcolanza de “deseos” perseguidos. No está tan claro que las innovaciones sean suficientes y adecuadas para conseguir un verdadero cambio de paradigma de la contratación laboral<sup>30</sup> y la efectiva consagración de la contratación indefinida como regla y la temporal como excepción. Más allá de denominaciones o de cambios estéticos, lo esencial es que se traduzca en una disminución de la precariedad laboral. Quiero confiar en que el supuesto trasvase masivo a la modalidad de fijos-discontinuos no sea una mera operación cosmética, ineficiente si no existe una mínima fijeza. Por otra parte, si se piensa en la posibilidad de un incremento del recurso a la contratación a tiempo parcial indefinida como medida alternativa a la temporalidad, llama la atención que no se haya modificado el régimen jurídico de este contrato ni las reglas sobre distribución flexible del tiempo de trabajo, capaces de otorgar al empresario herramientas muy maleables, en las que las dosis de disponibilidad y falta de seguridad de ingresos de los trabajadores pueden generar nuevas bolsas de empleados por debajo de los umbrales del trabajo digno, pese a tener un contrato “estable”.

Conviven, por tanto, medidas que ponen el punto de mira en combatir comportamientos irregulares o abusivos con otras que buscan atajar la temporalidad sin más. Esto es, que a pesar de la reestructuración de la contratación, limitada a los supuestos estrictamente necesarios, se mantienen, añaden y/o remodelan reglas que penalizan la contratación regular, quién sabe si porque la inercia de la experiencia pasada conduce a deducir que son claramente abusivas o simplemente “no asumibles”. Esquema apartado de quien sostiene que en la raíz del problema de la excesiva temporalidad, aparte de los desmanes producidos en el fomento del empleo temporal no causal, no está la indebida delimitación entre las modalidades

<sup>30</sup> Se ha afirmado que fomenta un paso firme hacia un cambio de paradigma, Nogueira Guastavino, M., “El contrato por circunstancias de la producción”, *Briefs sobre la Reforma Laboral*, AEDTSS, p. 7.

contractuales sino el consciente uso desviado por parte de la práctica contractual<sup>31</sup>. Las políticas de lucha contra el abuso o el empleo desviado no han sido lineales, sin una frontera precisa o estricta entre éste y su uso regular o correcto y solamente el primero rompe la necesaria correspondencia objetiva entre la temporalidad del trabajo y la del contrato<sup>32</sup>. Cabe destacar el poco acierto de las técnicas de desincentivación de la contratación temporal que se dirigen indiscriminadamente a ambas o las centradas en evitar su utilización abusiva, esto es, sucesiva en el tiempo<sup>33</sup>. Además, hasta la fecha no se ha desincentivado suficientemente el recurso injustificado a la contratación de duración determinada<sup>34</sup>.

A estas alturas de la historia, tengo la impresión de que la situación no se revierte en el RDL donde siguen confluendo medidas para disuadir del uso de los contratos temporales (recargos en las cotizaciones e indemnización fin de contrato) con otras de lucha contra la utilización irregular (la remodelación de la adquisición de fijo *ex art.* 15.4 ET o la modificación de la LISOS). Toca dilucidar si las primeras son efectivas, acertadas y han de mantenerse, si realmente las medidas de control y disuasión son efectivas frente a la contratación irregular y, en última instancia, si tiene sentido que operen todas juntas. Por razones obvias, queda al margen el art. 15.5 ET, objeto de un tratamiento monográfico en otra contribución a este número de la Revista.

## 4. MEDIDAS DISUASORIAS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

### 4.1. Incremento de las cotizaciones en contrataciones de corta duración

El preámbulo del RDL muestra una especial preocupación por la contratación temporal de muy corta duración, particular fuente de precariedad y de ineficiencias que comporta una rotación excesiva y supone graves perjuicios para los afectados.

<sup>31</sup> Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional...”, *op. cit.*, p. 221.

<sup>32</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, *op. cit.*, p. 1112. También Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...?”, *op. cit.*, p. 23. Algunos de los bandazos dados por las reformas legales o juego del bamboleo, como lo denominan los autores, en Sánchez Trigueros, C. e Hierro Hierro, F.J., “La contratación laboral en el Estatuto...”, *op. cit.*, en especial pp. 113 y ss.

<sup>33</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, *op. cit.*, p. 1107.

<sup>34</sup> Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...?”, *op. cit.*, p. 16. En la misma línea, Sanguineti Raymond, “La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal”, *Trabajo y Derecho* nº 38, 2018, p. 10, afirma que el marco normativo “no se caracteriza precisamente por combatir con rigor y eficacia el abuso de los contratos de duración determinada”. También reclama la necesidad de atender de manera diferente a las empresas que hacen un uso correcto de quienes acuden de manera desviada e indebida a la contratación temporal, Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica...”, *op. cit.*, p. 209.

Rotación en cierta medida efecto “rebote” de la aplicación de la regla de fijeza del art. 15.5 ET<sup>35</sup>, en parte enmendada con la extensión de la restricción más allá de la persona del trabajador, para albergar al puesto de trabajo<sup>36</sup>. Amparándose principalmente en datos cuantitativos (elevado porcentaje de contratos firmados anualmente y excesiva rotación) opta por remodelar el incremento de cotizaciones previsto anteriormente, con una medida de desincentivo de este tipo de contratos que implica una penalización económica, pese a la concurrencia de causa y su ajuste a las demás exigencias legales. Conocidas son las prácticas de contratos de un solo día o de dar de baja a los trabajadores los viernes para volver a contratarlos los lunes, comportamientos difíciles de perseguir, justificación seguramente para aplicar una medida indiscriminada que incrementa el coste de los contratos de escasa duración (ahora el umbral se fija en 30 días<sup>37</sup> frente a los 5 anteriores). Resulta difícil calibrar hasta qué punto este cambio unido a la nueva fórmula de cálculo aplicable que castiga más a los contratos más cortos<sup>38</sup> contribuirá a corregir la distorsión apreciada ni qué significa que el nuevo precepto pretende “*interiorizar esta externalidad*”.

Se amplía el listado de exclusiones de esta regla, añadiendo al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, el Sistema Especial para Empleados de Hogar, el Régimen Especial para la Minería del Carbón y los contratos por sustitución. En especial esta última excepción sigue desprendiendo cierto “tufillo” a desconfianza en el nuevo contrato por circunstancias productivas, aunque el objetivo concreto sea la rotación excesiva y el número de contratos empleados.

La experiencia previa sobre la ineficiencia de este tipo de medidas<sup>39</sup>, seguramente aconsejaba emprender la senda de la fijación de límites expresos, en este caso mínimos, a la duración de los contratos y no usar la vía del desincentivo

<sup>35</sup> En la misma línea, considerando la rotación como vía para eludir la prescripción normativa, Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *Labos* vol. 2 nº 3, p. 68.

<sup>36</sup> Extensión reclamada por la doctrina, por todos, Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 38.

<sup>37</sup> El por qué se acoge esta duración concreta quizás no queda excesivamente claro. Se suele situar la duración media en torno a los 51 días, pero casi el 27 por 100 presentan una vigencia de menos de una semana, Sala Franco, T. y López Terrada, E., “Propuestas para un debate...”, op. cit., p. 1091. Sobre estos datos, también Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1100. En 54 días sitúa la duración media el Plan Estratégico ITSS 2021-2023 (p. 149302).

<sup>38</sup> La cantidad obtenida de multiplicar por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes, según el art. 151 LGSS.

<sup>39</sup> Incluso para los defensores de estas penalizaciones que las entienden justificadas, necesarias y proporcionales, reconocen que su eficacia para contenerla ha sido prácticamente insignificante, Cardona Rubert, B y Cabeza Pereiro, J., “El gran pacto social...”, op. cit., p. 126.

económico (“*malus*”), sin contemplar la posibilidad de un “*bonus*”, alguna suerte de estímulo en las cotizaciones para las empresas que presentasen mayores porcentajes de contratos indefinidos. La respuesta es continuista, penaliza la contratación temporal de corta duración, sin explorar una posible aplicación exclusivamente a quienes recurran fraudulentamente a la contratación temporal, opción por la que apostaba un sector doctrinal<sup>40</sup> o probar otras propuestas como la condena al abono del coste total de la prestación por desempleo a que tenga derecho el trabajador o, en su ausencia, un incremento con carácter retroactivo de la cotización de la Seguridad Social por desempleo<sup>41</sup>. Opciones que contribuirían mejor al desincentivo de la utilización de la contratación temporal más allá de las causas y la duración legalmente admitidas, pero seguramente más difíciles de aplicar. Conviene quizás seguir reflexionando acerca de que si resulta preciso seguir acudiendo a este tipo de penalizaciones para todos los contratos de corta duración, igual no están muy bien hechos los deberes previos de delimitación estricta de la causa y la duración de los contratos.

#### 4.2. A vueltas con la indemnización por fin de contrato

La oportunidad de mantener la indemnización por fin de contrato es un tema bastante conflictivo. Un sector doctrinal muy crítico con la medida<sup>42</sup> destaca que es tan contradictoria en sí misma que tira por tierra su finalidad declarada. El pretendido carácter disuasorio operaría sobre la contratación temporal regular o no fraudulenta, lo que denota la confusión del legislador al enfocar su papel en nuestro sistema de relaciones laborales. El problema de fondo es el de la ruptura de la lógica institucional, estableciendo un tratamiento de cargas y costes idénticos entre empresas que hacen un uso correcto, causal y plenamente justificado de la contratación temporal y empresas que acuden a la contratación temporal con un uso abusivo, injustificado y acausal<sup>43</sup>.

El legislador, por tanto, se mantiene en la misma línea anterior, algo errática, conservando tanto la cuantía prevista en la letra c) del art. 49.1 ET (doce días de salario por año de servicio o la establecida, en su caso, en la normativa específica de aplicación) como las exclusiones de los contratos formativos y del contrato de

<sup>40</sup> Sala Franco, T. y López Terrada, E., “Propuestas para un debate...”, op. cit., p. 1097; también la considera inadecuada por operar de la misma forma contra la contratación temporal regular como contra la acausal o fraudulenta, Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1107. En sentido contrario, se ha propuesto profundizar en esta dirección, Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 46; también, junto a la limitación de altas y bajas sucesivas, Conde-Ruiz, J.I. y Lahera Forteza, J., “Contra la dualidad laboral”, op. cit., p. 23.

<sup>41</sup> Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica...”, op. cit., p. 222.

<sup>42</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1107.

<sup>43</sup> Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica...”, op. cit., p. 216.

duración determinada por causa de sustitución, adaptando el tenor literal a la nueva denominación empleada. Queda, por tanto, reservada al contrato por circunstancias de la producción, librado aparentemente de los ropajes de los anteriores temporales con un diseño sobre el estricto principio de causalidad, con escasa justificación de la inaplicación al contrato de sustitución, más aún con el vía crucis judicial que su empleo en la Administración ha comportado en los últimos años.

Igual, habida cuenta que algunos de los grandes problemas apuntados son la escasa duración de los contratos, la micro contratación y la rotación excesiva, perpetuar la indemnización solamente contribuya a dar continuidad al problema. Inclusive, para algún autor puede incentivar la escasa duración del contrato para disminuir su coste<sup>44</sup>. Es lógico entonces cuestionar su oportunidad, su finalidad y sus efectos positivos sobre la temporalidad, al no encaminarse a la irregular o fraudulenta, que no recibe un desincentivo suficiente.

No obstante, esta afirmación no es pacífica, pues también se ha propugnado ir incluso más allá e igualar la cuantía indemnizatoria con la propia de la extinción por circunstancias objetivas procedente<sup>45</sup>. Al operar indistintamente contra la contratación lícita y la abusiva y no combatir eficazmente ésta, su finalidad queda en entredicho, pero la elevación a 20 días por año de servicio afecta a la propia línea de flotación de la demarcación entre la contratación temporal y la indefinida y desmiente la afirmación que ha servido como punto de partida: la existencia en las empresas de circunstancias que justifican el recurso a mano de obra de carácter temporal. No cabe desconocer que también se ha puesto el acento en su utilidad como fórmula de disminución de la dualidad entre trabajo indefinido y temporal<sup>46</sup>. Seguramente se podía haber sido más imaginativo y apostar por nuevas soluciones, explorando la vía de las indemnizaciones disuasorias<sup>47</sup> para los supuestos de contrataciones abusivas y fraudulentas, incluyendo también el camino de los daños

<sup>44</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1110.

<sup>45</sup> Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 38. También, abogando por la eliminación de las diferencias en el coste de la extinción, eludiendo el principal atractivo de la contratación temporal, forzando el fraude de ley o abuso, Delgado Castañeda, A., “Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la contratación temporal: virtudes y carencias”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 128, 2017, p. 118.

<sup>46</sup> Cardona Rubert, B y Cabeza Pereiro, J., “El gran pacto social...”, op. cit., p. 126.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica...”, op. cit., p. 222 proponía una indemnización absoluta significativa mínima para cualquier contrato injustificado, con independencia de la antigüedad del trabajador; Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 37 apostaba por una indemnización adicional o la opción por el reingreso si el fraude de ley sale a la luz como consecuencia de un despido; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “La ineficacia de la regulación...”, op. cit., p. 68. Recuperar los 45 días para este supuesto, descartando la nulidad, es la propuesta de Conde-Ruiz, J.I. y Lahera Forteza, J., “Contra la dualidad laboral”, p. 23. Propone la imposición de salarios de tramitación en la contratación temporal ilícita, Beltrán De Heredia Ruíz, I., “Sesgos y pautas...”, op. cit., p. 139. Explorando las posibles vías de recurso

punitivos<sup>48</sup>, solución aún poco normalizada en nuestro ordenamiento jurídico-laboral pero que podría desplegar una indudable eficacia profiláctica.

## 5. LA SANCIÓN LABORAL: ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FIJO

### 5.1 Cambios en la regla de adquisición de fijeza *ex art. 15.4 ET*

Frente a la previsión contenida en el derogado apartado 3 del arts. 15 ET “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*” se emplea ahora una expresión más tajante en la que se deja atrás la presunción y se utiliza la fórmula de adquisición de la condición de fijas (de las personas trabajadoras) en la nueva redacción del art. 15.4 ET. Esta formulación, aunque aquí suponga alguna novedad y se aventuren elucubraciones sobre la finalidad perseguida por el legislador, en relación con su posible aplicación en la Administración Pública<sup>49</sup>, no era desconocida pues figuraba ya con anterioridad en el apartado 5 del mismo precepto legal.

A la vista del nuevo tenor literal de la norma, se sanciona con la adquisición de la condición de fijas cualquier transgresión de la norma (*incumpliendo lo*

al Código civil en el plano indemnizatorio en tanto no se produzcan cambios normativos, Suárez Corujo, B., “Nuevas fórmulas para combatir...”, op. cit., pp. 209 ss.

<sup>48</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1113, quien sigue en este punto a Cabeza Pereiro, J., “Sobre el documento FIDE”, op. cit., p. 248. En la misma línea, Gómez Abelleira, F.J., “La contratación laboral...”, op. cit., p. 35. En un sentido parecido, Alfonso Mellado, C.L., “El fraude en la contratación...”, op. cit., p. 243. Muy crítico con la falta de consecuencias adicionales, Sanguinetti Raymond, “La insuficiente sanción...”, op. cit., pp. 10 y 11.

<sup>49</sup> Por la extraordinaria novedad que supondría si se consolidase su aplicación literal en la Administración, Beltrán De Heredia, I., “Régimen normativo de la Contratación temporal (antes y después del RDL 32/2021) y el nuevo contrato fijo-discontinuo”, <https://ignasibeltran.com>. La extensión de este trabajo y su concreto enfoque excluye el tratamiento del fraude en la contratación en la Administración y la necesidad de sanciones adecuadas, tema de perfiles propios y de una excesiva conflictividad en los últimos tiempos. Además, debe ponerse en conexión con la recién aprobada Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Por todos, vid. Arrieta Idiákez, F.J., “El empleo temporal en las administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva”, *Lan Harremanak* nº 42, 2020, pp. 41 ss; Roqueta Buj, R., *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2019; López Balaguer, M., y Ramos Moragues, F., *El personal “indefinido no fijo”: génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Marín Alonso, M.I., “El trabajador “indefinido no fijo” y condiciones de trabajo en régimen de interinidad: abuso en la contratación temporal en la Administración Pública”, *Trabajo y Derecho* nº 30, 2017, pp. 34 ss; Treviño Pascual, M., “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 52, 2019, pp. 457 ss.

*establecido en este artículo*), por tanto, no solo el abuso o el fraude<sup>50</sup>, dejando atrás los problemas de delimitación apreciados por la propia jurisprudencia que originaban que, de no poderse apreciar el fraude, no se activara la presunción de contrato por tiempo indefinido<sup>51</sup>. Con ello seguramente se busca endurecer los efectos de la desviación empresarial, particularmente en la causa o la duración, siendo más operativa esta respuesta<sup>52</sup> y ello exigirá una interpretación estricta sobre el principio de causalidad. Pero no faltarán nuevas dudas determinadas por las dificultades exegéticas de la propia indefinición legal apuntadas *supra*. Puede no ser tan fácil afirmar con certeza que un contrato incumple lo establecido legalmente si no existe un mínimo acuerdo en qué se entiende por incremento “ocasional” o cuándo resulta imprevisible, qué representa un desajuste temporal u otras fórmulas como el empleo requerido y así sucesivamente.

Un ámbito donde los desencuentros ya son patentes, a modo de ejemplo, es el del propio papel llamado a jugar por el contrato de duración inferior a los noventa días. No parece descabellado pensar que la indefinición de la causa lo hace más proclive a las bolsas de fraude y, en cambio, ya se ha considerado improbable, poniendo el acento en el tope temporal<sup>53</sup>. La configuración legal lleva incluso a cuestionarse si a la postre es un contrato prácticamente acausal topado temporalmente o se impondrá un control muy estricto de la justificación objetiva y la correlación entre contratos y necesidad temporal de mano de obra, interpretación restrictiva más ajustada al objetivo declarado de la Reforma pero no tanto a la configuración del contrato ni a las incógnitas que ya plantea su finalidad real<sup>54</sup>. Puede haber cierto caladero de fraude pues el tope opera con independencia

<sup>50</sup> Sobre estos conceptos, que pierden fuelle en la actualidad, *in extenso*, Pérez Rey, D., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 192 ss.

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión y ejemplos de esta jurisprudencia, Sala Franco, T. y López Terrada, E., “Propuestas para un debate...”, op. cit., p. 1095. Pero también hay pronunciamientos donde se venía acogiendo un concepto amplio de fraude incluyendo supuestos diversos donde no concurren las circunstancias necesarias, como la causa, perjudicando los derechos del trabajador, sin exigir intención de engaño, así Delgado Castañeda, A., “Actuación de la Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 118. Así, STS 6 de mayo de 2003 (rec. 2941/2002), Luque Parra, M., “Dossier judicial: contratos temporales por causa empresariales (art. 15 LETT)”, *IUSLabor 2/2005*, p. 12.

<sup>52</sup> La doctrina insistía en que la redacción generaba dudas a los sujetos intervinientes, pues no se basaba en un supuesto objetivado como el del 15.5 ET, desincentivando la presentación de reclamaciones judiciales, y, F.J., “La contratación laboral...”, op. cit., p. 35.

<sup>53</sup> Todolí, A., “Análisis del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción y sus tres modalidades”, entrada en el blog del autor del 3 de enero de 2022, <http://adriantodoli.com/blog>.

<sup>54</sup> Las dudas doctrinales no han tardado en surgir y hay quien aventura que podría ser la vía para reconducir los anteriores contratos de obra, sin gran exigencia causal y poniendo el énfasis únicamente en la temporalidad, Nogueira Guastavino, M., “El contrato por circunstancias...”, op. cit., p. 4.

del número de personas necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato, pues no hay límites para el número de contratos. El único requisito es que los noventa días no se usen de forma continuada, pero ya se han puesto de manifiesto notables dudas, por ejemplo, sobre el método de cómputo a utilizar<sup>55</sup>. Seguramente también habrá nuevos problemas de delimitación con el fijo discontinuo, por ejemplo, en caso de que estos contratos temporales se repitan todos los años en las mismas fechas ¿cuánto habría que esperar?, pues parece que ya no encajan en las necesidades “ocasionales”. Supuesto que habrá de ser vigilado por la Inspección pero, a la postre, por aplicación del art. 15.4 ET considerados como fijos. Es innegable que el control del número de contratos y su duración es bastante más fácil con las nuevas tecnologías que simplifican la tarea inspectora, pero también conviene hacer un llamamiento a la jurisprudencia que en el pasado ha contribuido a algunos de los excesos normalizados en relación con los contratos temporales y a la negociación colectiva, que tampoco ha desplegado muchos esfuerzos para limitar la contratación temporal.

Probablemente hubiera sido más operativo y menos complejo desde un punto de vista estrictamente jurídico abogar por acompañar el principio con unos límites más sencillos y, a la vez, más fácilmente computables, por ejemplo, la fijación de porcentajes de trabajadores o de horas de trabajo temporales sobre el total anual<sup>56</sup>.

En algunos puntos se plantean otras interrogantes que dejo apuntadas sucintamente. La primera en conexión con la duración. Una primera lectura del precepto legal parece arrojar la conclusión de que su transgresión acarrea la indefinición. La afirmación, sin embargo, queda desmentida dada la inexistencia de cambios en el régimen de finalización del contrato previsto en el art. 49.1 c), modificado solamente para adaptarlo a las nuevas modalidades contractuales, que frenan la adquisición de fijo automática *ex art.* 15.4 ET, habiendo de estar respecto a duraciones inferiores a la máxima y posible prórroga a las conocidas reglas de aquel precepto legal, en las que resulta innecesario ahondar.

Mayor es la dificultad en relación con los posibles incumplimientos de tipo formal. La pervivencia intacta del art. 8.2 ET parece reclamar su aplicación, esto es, presunción *iuris tantum* de contrato celebrado por tiempo indefinido, ante la falta de forma escrita. Ahora bien, admitiría una interpretación más estricta. La relevancia otorgada a la precisión de la causa en el propio contrato y la plena “recuperación”

<sup>55</sup> Beltrán De Heredia, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021 y Ley 10/2021): primeras valoraciones críticas sobre el impacto en la contratación temporal”, <https://ignaisbeltran.com/2021/12/29>. Destaca también la escasa claridad de la norma, Nogueira Guastavino, M., “El contrato por circunstancias...”, *op. cit.*, p. 5, para quien la simplificación es más bien de cara a la galería.

<sup>56</sup> Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...?”, *op. cit.*, p. 24.

de la causalidad, nunca desaparecida en el texto legal pero rodeada de altas dosis de evanescencia en su aplicación práctica, podrían llevar a cuestionarse si un contrato que incumple totalmente la forma escrita y, por ende, la precisión de la causa en los términos legales determina la adquisición de fijeza y no meramente el juego de la presunción legal, por tanto, sin posibilidad de acreditar *a posteriori* la naturaleza temporal. Exégesis rigurosa con la apropiada conducta empresarial, derivada de la interpretación teleológica de la norma que busca un cambio de modelo y una influencia en las propias estrategias de contratación, que podría contribuir, si bien se mira, a correcciones en las extendidas prácticas abusivas. Ello continuaría una línea doctrinal que ya insistía en el carácter causal del sistema de contratación, afirmando que para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida del art. 15.3 ET<sup>57</sup>. Mientras que entonces nos encontrábamos ante dos presunciones de diferente carácter, ahora nos movemos entre una presunción y la adquisición de la condición de fijo.

Se extiende a estos supuestos la obligación de la empresa de facilitar por escrito a la persona trabajadora un documento justificativo sobre su nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa, con el consiguiente deber de traslado de esta información a la representación legal de los trabajadores (art. 15.9 ET).

En términos muy similares a las previsiones anteriores, continúa el precepto afirmando (art. 15.4 ET) que adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba, operándose simplemente cierta remodelación del precepto legal, que facilitará su aplicación. Muy sintéticamente la principal novedad es la eliminación de los resquicios por los que podía ser más o menos fácil evadirse de esta peculiar “punición” legal. Ya no se prevé salvedad alguna atinente a que *“de la propia naturaleza de las actividades o servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos”*, que podía enervar su aplicación. Por su parte, desaparece la innecesaria mención a *“todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho”* que obviamente seguirán operando, aunque igual podía desplegar cierto efecto disuasor de los incumplimientos.

## 5.2. Insuficiencia de efectos

No es muy novedoso cuestionar la garantía de estabilidad en el empleo que es capaz de desplegar la mencionada regla. Pese al salto de cualidad el art. 15.4 ET se

<sup>57</sup> STS 5 de mayo de 2004 (rec. 4063/2003).

topa con la ausencia de estabilidad real propia de nuestro régimen de despido, que probablemente perpetuará el desincentivo de las demandas judiciales, en especial en trabajadores con antigüedad reducida. Esta situación habría demandado una actuación sobre los efectos extintivos de las relaciones fijas derivadas de la conversión *ope legis*, que requieren alguna suerte de penalización, distinguiendo las conductas irregulares del recurso justificado a la contratación temporal, en línea con lo que se ha señalado *supra*.

Es palpable la insuficiencia del efecto disuasorio puesto que declarada la fijeza la extinción sería improcedente y, por tanto, a lo sumo el empresario pagará exactamente lo mismo que si desde el principio hubiera utilizado la contratación indefinida<sup>58</sup>. Cantidad, lógicamente, más elevada de la que correspondería si el devenir de las prácticas y estrategias empresariales llevasen a la celebración de contratos indefinidos como regla y a su extinción exclusivamente ante la presencia de causas objetivas.

Se ha reclamado con insistencia la intervención del legislador, con distintas fórmulas, que van desde la consideración del despido nulo<sup>59</sup> al cambio en la titularidad de la opción entre readmisión e indemnización en despido improcedente, con apuestas también por la expansión de la garantía de indemnidad<sup>60</sup>. Nada de esto, sin embargo, se ha afrontado en la Reforma que podría haber dado alguna respuesta más acorde con la firme intención de combatir la temporalidad, apostando por una lucha más contundente contra la contratación irregular, no ajustada al art. 15.1 ET. Las soluciones a este problema específico deberían ser del mismo carácter, regulando expresamente las posibles sanciones, indemnizaciones o penalizaciones a este tipo de comportamientos empresariales sin buscar en la elasticidad (no sabemos si ilimitada) de la garantía resolver todos los escollos que no entran en los planes del legislador.

<sup>58</sup> Unánime en la doctrina, Gómez Abelleira, F.J., “La contratación laboral...”, op. cit., p. 34; Rodríguez Sanz De Galdeano, B., “La ineficacia de la regulación...”, op. cit., p. 68.

<sup>59</sup> Pastor Martínez, A., “La temporalidad endémica...”, op. cit., p. 4, se hace eco de esta calificación de nulidad aparecida en algunos documentos previos elaborados por el Gobierno para la Reforma. Así figuraba expresamente en la Proposición de Ley contra la precariedad y la estabilidad en el empleo presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (122/000081) (BOCG 11 de septiembre de 2020) que califica como nulo el despido en los contratos celebrados incumpliendo lo previsto en el art. 15. En contra, Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...”, op. cit., p. 24.

<sup>60</sup> Sanguinetti Raymond, “La insuficiente sanción...”, op. cit., p. 12. Pastor Martínez, A., “La temporalidad endémica...”, op. cit., p. 4, de esta calificación de nulidad aparecida en algunos documentos previos elaborados por el Gobierno para la Reforma. Así figuraba expresamente en la Proposición de Ley contra la precariedad y la estabilidad en el empleo presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, calificando como nulo el despido en los contratos celebrados incumpliendo lo previsto en el art. 15. En contra, Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...”, op. cit., p. 24.

Por su parte, la norma reformada perpetúa la exclusión de los contratos de sustitución y los formativos, a imagen y semejanza de regulaciones anteriores, por tanto, se sigue dejando el foco de atención en el lugar donde siempre se han ubicado las bolsas de fraude (contrato eventual y obra o servicio, en cierto modo refundidos ahora en uno solo).

### **5.3. El papel de la negociación colectiva**

Sin entrar en detalle en los aspectos concretos que pueden incluir los planes de reducción de la temporalidad en los convenios colectivos (art. 15.8 ET), baste ahora con recordar que se alude expresamente a las posibles “*consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos*”. Hasta ahora, como es sabido, el papel de los convenios en este campo ha sido más bien mediocre<sup>61</sup>, aunque quepa rastrear ejemplos donde se fijen porcentajes de trabajadores indefinidos o cierta proporción entre trabajadores indefinidos y temporales. No son de esperar grandes avances en el terreno dada las dificultades y posibles resistencias a topar el número de trabajadores temporales o prever el número máximo de horas cubiertas por estos trabajadores, máxime en lo que hace a posibles sanciones por el incumplimiento.

Seguramente, por tanto, si no se complementan con otras actuaciones más contundentes y con una decidida labor inspectora, a la que nos referiremos a continuación, probablemente la sanción laboral sigue resultando insuficiente para combatir de manera efectiva la temporalidad.

## **6. REFUERZO DE LA LABOR INSPECTORA Y REFORMA DEL TEXTO DE LA LISOS**

### **6.1. El Plan Director por un trabajo digno (2018-2020) y los planes de choque**

Puede considerarse que el RDL 32/2021, en concordancia con sus declarados objetivos, impulsa la actuación inspectora contra el fraude en la contratación temporal iniciada ya hace unos años, incluyendo cambios que no son baladíes en el terreno de las infracciones y sanciones modificando el texto de la LISOS. Tras la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el

<sup>61</sup> Esta constatación también en Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica...”, op. cit., p. 222; Martínez Yáñez, N., “De la temporalidad masiva...”, op. cit., p. 35; Gómez Abelleira, F.J., “La contratación laboral...”, op. cit., pp. 31 ss. Sobre el papel ambivalente de los convenios y el interés de que perfilaran el uso de la contratación temporal fijando números o proporciones a la misma o concretando las causas legales, Cabeza Pereiro, J., “Sobre el documento FIDE”, op. cit., p. 248.

fraude a la Seguridad Social<sup>62</sup> se puso el foco de atención en la persecución de la economía sumergida y, en particular, en los posibles fraudes a la Seguridad Social, por motivos indubitadamente económicos. A partir de entonces se acometen también cambios relevantes para la nueva organización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS)<sup>63</sup> y de una política de incremento de sus efectivos, a fin de hacer aflorar las bolsas de fraude. En movimientos ulteriores se aprecia un claro giro, expandiéndose más allá de la irregularidad, reorientando las actuaciones inspectoras para perseguir situaciones relativas al fraude en la contratación temporal<sup>64</sup>.

El Plan Director por un trabajo digno (2018-2019-2020) aprobado el 27 de julio de 2018 por el Consejo de Ministros y publicado en el BOE del día siguiente, ya exponía ideas repetidas machaconamente en los últimos tiempos para ensalzar las bondades de la Reforma 2021, tales como su objetivo de “recuperar derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo”. Partiendo de un alto nivel de tolerancia de los incumplimientos y de la situación de permisividad social de la aplicación laxa del marco normativo, pone el acento en la relevancia del incremento de la conciencia empresarial y de la sociedad en general sobre la necesidad, para que nuestro sistema de convivencia perdure, de que las normas sociales se hagan cumplir, dirigiéndose, en puridad a “*luchar contra el fraude, la precariedad laboral y erradicar las situaciones de abuso*”. Las primeras ocho medidas del plan se dedican a este problema, anunciando la ejecución inmediata de un plan de choque contra el fraude en la contratación temporal<sup>65</sup>, complementadas por las destinadas a reforzar los medios humanos y materiales

<sup>62</sup> BOE 27 de diciembre. Entre otros, Jover Ramírez, C., “La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social”, *Actualidad Laboral* 2013-i, pp. 1487 ss; Igartua Miró, M.T., “El empleo irregular en España: puntos críticos”, *Trabajo y Derecho* nº 1, 2015, pp. 53 ss.

<sup>63</sup> Con la aprobación de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 23 de julio) (en adelante, LOITSS) y su marco normativo.

<sup>64</sup> Sobre la cuestión puede verse Delgado Castañeda, A., “Actuación de la Inspección...”, op. cit., pp. 105 ss. Illueca Ballester, H., “La actuación de la inspección de trabajo en materia de contratación temporal”, en Guamán Hernández, A. y Cordero Gordillo, v. (Dirs), *Temporalidad y precariedad...*, op. cit., pp. 261 ss.

<sup>65</sup> La necesidad del establecimiento de mecanismos de garantías reales para confinar efectivamente la contratación a los márgenes establecidos, un tratamiento de choque y efectivas campañas de control de fraude eran ya reclamadas por la doctrina, Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...?”, op. cit., p. 19. Previamente Sala Franco, “Puntos críticos de la contratación...”, op. cit., p. 12 que incide también en el ámbito de la concienciación y asesoramiento a las empresas, camino hasta ahora poco o nada explorado.

del Organismo Estatal ITSS (56-58)<sup>66</sup>. Asimismo, como es sabido, en la actualidad también los subinspectores ostentan funciones en materia de comprobación del cumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales *ex art. 14.2 c) LOITSS*, atribución que venía reclamando la doctrina<sup>67</sup>. No obstante, la ratio de efectivos de la Inspección en España está lejos de alcanzar las recomendaciones de la OIT que la sitúa en uno por cada 10.000 empleados. En este período se aprueba el primer Plan Estratégico de la ITSS para los años 2018-2019 y 2020 y sendos planes de choque en 2019, destinándose uno de ellos a combatir la contratación fraudulenta<sup>68</sup>, que busca sobre todo tener efectos disuasorios. Para ello se ha optado por amplias campañas de difusión, informando a las empresas incumplidoras del refuerzo de las actuaciones inspectoras, así como de la tolerancia cero de la Inspección contra el uso irregular y fraudulento en la contratación temporal. También se da cuenta de las actuaciones de asistencia técnica a las empresas para conseguir la transformación de contratos temporales en indefinidos.

El balance que arroja el plan es el de la conversión en indefinidos de un total de 323.026 contratos<sup>69</sup>, cifra considerablemente superior a la de períodos inferiores pero seguramente limitada si comparada con el número total de contratos temporales celebrados (que supera normalmente los 20 M anuales). Asimismo, se destaca la formación facilitada al personal para realizar actuaciones en materia de fraude en relación con los contratos formativos.

Posteriormente se pone en marcha otro plan de lucha contra la temporalidad el 23 de febrero de 2021, de nuevo basado sobre una actuación en dos fases, primero de detección y comunicación para que las empresas regularicen su situación y solo posteriormente dando curso a actuaciones inspectoras propiamente dichas para las empresas que no hayan regularizado de forma voluntaria. Salvo error u omisión, todavía no se ha publicado el Informe Final.

<sup>66</sup> Puede verse cierto refuerzo de los medios humanos en el Informe Final de ejecución del Plan Director por un trabajo digno 2018, 2019, 2020, pp. 19-20.

<sup>67</sup> Illueca Ballester, H., “La actuación de la inspección...”, *op. cit.*, p. 285.

<sup>68</sup> Vid. Instrucción nº 4/2019, de 7 de agosto, sobre la aprobación y ejecución en el año 2019 de sendos planes de choque contra la contratación fraudulenta y contra el uso irregular de la contratación a tiempo parcial, en desarrollo del Plan Director por un trabajo digno para el período 2018-2019-2020, aprobado por Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018.

<sup>69</sup> Informe Final de ejecución del Plan Director por un trabajo digno 2018, 2019, 2020, pp. 27-28.

## 6.2. El Plan estratégico de la Inspección de Trabajo 2021-2023 y la automatización

El día 16 de noviembre de 2021 se aprobó el Plan Estratégico de la ITSS 2021-2023<sup>70</sup> que parte de la consolidación de los logros ya alcanzados y un reforzamiento de la Inspección. Entre otras medidas, se propone incidir en contratos que garanticen la preferencia legal por el contrato indefinido y actuaciones en materia de contratación temporal fraudulenta (actuación 1.3). Aquí se anuncia también un reforzamiento de la intervención de la ITSS, con el objetivo de materializar el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España (C.23.R4)<sup>71</sup>.

De manera más específica, en un lenguaje que recuerda bastante al empleado por el RDL 32/2021 se insiste en que se pretende corregir “*los aspectos más nocivos que, en relación con la temporalidad, tiene nuestro mercado de trabajo*”, anunciando nuevas campañas de regularización de contratos temporales y más actuaciones inspectoras que entren a valorar la existencia o no de causa real de los contratos de trabajo temporales; modalidades de contrato utilizadas fraudulentamente, por ejemplo, fijos discontinuos o contratos formativos (objetivo 15). El refuerzo del papel de la Inspección como garantía institucional de los derechos laborales y sociales es el objetivo básico que informa la totalidad del Plan. También su modernización y la dotación de recursos materiales y humanos adecuados y suficientes para hacer frente a los retos planteados (vid. eje 3.1).

Se fortalece la Herramienta de Lucha contra el Fraude (actuación 32.2, eje 3.1), que apareció en los planes de choque de 2019. Se trata de una unidad del Organismo Estatal ITSS que, mediante la utilización de técnicas de análisis y la gestión masiva de datos que ya obren en poder de las Administraciones Públicas, permite una mejor y más eficaz planificación y ejecución de la actividad inspectora. Se considera muy útil su empleo en la detección de posibles situaciones de fraude, dando paso a actuaciones de comunicación y advertencia, antes de realizar funciones de comprobación en caso de no regularización, permitiendo también comprobar las modificaciones efectuadas por las empresas que hayan recibido las comunicaciones. Aunque el número de transformaciones es elevado resulta insuficiente en el marco de la excesiva cifra de contratos celebrados.

En esta línea, la automatización, la extensión del uso de la inteligencia artificial o el empleo de los *big data* en la lucha contra la contratación temporal, se verán completados con la posibilidad de iniciar los procedimientos sancionadores

<sup>70</sup> BOE 3 de diciembre.

<sup>71</sup> La doctrina hace tiempo que viene reclamando una mayor intervención inspectora como incentivo empresarial a ajustarse a las causas lícitas de temporalidad, pero se muestra poco optimista sobre su eficacia dado el número de efectivos de que dispone, a salvo el uso de instrumentos que la faciliten como los *big data*, Beltrán De Heredia Ruíz, I., “Sesgos y pautas...”, op. cit., p. 139.

mediante la extensión de actas de infracción automatizada introducida expresamente en el art. 53.1 a) LISOS modificado por RDL 2/2021 y desarrollado en el RD 688/2021, de 3 de agosto, de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social. Si hasta la fecha la Inspección ha empleado los cruces masivos de datos y las notificaciones a las empresas con carácter informativo, postergando las visitas a los casos de incumplimiento de esas advertencias, nada parece impedir que se avance hacia propuestas de sanción que emanen del propio algoritmo<sup>72</sup>. A pesar de las objeciones de los propios inspectores, el avance tecnológico puede jugar claramente a favor de la eficiencia de la labor inspectora, siempre con salvaguarda de las imprescindibles garantías para los administrados. Seguramente en este contexto hubiera sido más simple el control con una regulación que incluyera porcentajes de contratos temporales en función de la plantilla o topes de duración mínima, fáciles de testar con la inteligencia de datos.

### 6.3. Reforma del Texto de la LISOS

#### 6.3.1. Individualización de las infracciones

El art. 5 RDL 32/2021 introduce una serie de modificaciones en el Texto Refundido de la LISOS (RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto). El art. 7.2 LISOS mantiene su redacción intacta en lo relativo al supuesto de hecho. Por tanto, se ha estimado innecesario tipificar de un modo más exacto la conducta y está por ver si es suficiente con el esfuerzo realizado a nivel del art. 15 ET con relación a la exigencia legal de especificación de las causas concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista para facilitar la persecución de las conductas prohibidas por parte de la Inspección<sup>73</sup>. A diferencia de lo analizado respecto al

<sup>72</sup> Con más detalle, Vela Díaz, R., “Digitalización y nuevos trámites automatizados: las decisiones algorítmicas impregnan la actuación de la Administración Laboral de la Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho* nº 83, 2021, en especial pp. 4 ss (ejemplar consultado en *laleydigital.es*). También Cabero Morán, E., “Reconocimiento de responsabilidad y actuación administrativa automatizada en el procedimiento sancionador social (el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto)”, *Trabajo y Derecho* nº 82, 2021, pp. 1 ss (versión digital en *laleydigital.es*); Goerlich Peset, J.M., “Decisiones automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador”, *Labos* nº 2, vol 2, pp. 22 ss. . El empleo de estas técnicas es también una realidad en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social. Vid. Aibar Bernad, J. “El *Big Data* y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social como medio de lucha contra el fraude en la Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho* nº 11, 2020, pp. 1 ss (consultado en *laleydigital.es*).

<sup>73</sup> Optimista se muestra García Blasco, J., “Reforma Laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, *Briefs Reforma Laboral*, AEDTSS, 2022

paso del foco de atención del fraude al mero incumplimiento en la conversión en fijo, aquí se mantiene inalterada la referencia anterior, que ha originado relevantes escollos a la hora de probar la conducta.

En el caso concreto de los contratos formativos, habrá que estar también a este tipo infractor, facilitando la actuación inspectora el dato de que el art. 11 ET incida de forma especial en el plan formativo y en el nombramiento de personas tutoras, aunque hubiera sido deseable una tipificación específica o una referencia concreta al incumplimiento de los requisitos formativos, que facilitarían el encaje de la infracción. En esta línea sí se ha apostado por un notorio refuerzo en el control de las obligaciones formativas asignadas en relación a los beneficios en las cotizaciones vinculados a los ERTE y al mecanismo RED de conformidad con la nueva DA 39ª que se incorpora a la LGSS, atribuyendo su control al SEPE y a la propia ITSS (DA 40ª). En particular, exclusivamente se incluye una referencia expresa a los contratos formativos en el art. 6.4 bis y 5 LISOS a efectos de tipificar como infracción leve los incumplimientos relativos a la información por parte del empresario de las vacantes existentes en la empresa. Es relevante actuar de forma eficiente en el control del cumplimiento de los requisitos formativos para evitar que se abra camino el uso de esta vía como alternativa al contrato de obra o a la supuesta mayor restricción del contrato por circunstancias de la producción.

La persistente falta de medios humanos y tecnológicos de la Inspección pueden perpetuar las dificultades para hacer efectiva la lucha contra la contratación laboral abusiva. Para algunos no es tan esencial una actuación permanente y constante como un cambio de actitud y una ofensiva potente en los primeros momentos de aplicación de la norma<sup>74</sup>, a fin de dejar constancia de la política de tolerancia cero con las actuaciones desviadas.

El cambio más significativo obviamente es el de la individualización de las infracciones, afirmándose que “*se considerará una infracción por cada una de las personas afectadas*”. Misma modificación que se introduce en los arts. 18.2 c), 19.2 b), 19 bis.1 b) y 19 ter.2 b) a efectos de sancionar la formalización por las Empresas de Trabajo Temporal y/o las usuarias de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos legalmente<sup>75</sup>. Modificación solicitada

que en relación a la causa que justifica la temporalidad sostiene que “se trata de una exigencia legal para realizar la contratación temporal extensa en su contenido y precisa en su enunciado, que abre el campo a eventuales conductas constitutivas de infracción por su incumplimiento o transgresión”.

<sup>74</sup> Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica...”, op. cit., p. 222. Abogaban también por el aumento de la labor fiscalizadora como elemento tractor con el que garantizar una menor precarización de las relaciones laborales, Sánchez Trigueros, C. e Hierro Hierro, F.J., “La contratación laboral en el Estatuto...”, op. cit., p. 120.

<sup>75</sup> A efectos de la delimitación entre esta conducta y la sancionada como muy grave *ex art.* 8.2 LETT (cesión ilegal) es interesante la consulta de la STS 2 de diciembre de 2021 (rec. nº 4701/2018).

por distintos sectores, incluida la propia Inspección<sup>76</sup> puesto que al empresario le resultaba tremendamente económico incumplir las normas sobre contratación temporal sin que, además, influyera el número de trabajadores afectados por la contratación “irregular”.

Esta nueva regla parece descartar la aplicación del criterio de graduación del número de trabajadores afectados, empleado hasta la fecha para agravar la conducta cuando el número era apreciable (art. 39. 2 LISOS). Ello lleva a plantear que, además de una especificación de los tipos ya existentes, igual no hubiera estado de más aplicar el principio de proporcionalidad, graduando y distanciando los comportamientos, tipificando los incumplimientos más graves, las situaciones de fraude o abuso o aquellas en que se vieran afectado un número relevante de trabajadores, incluyéndolos entre las infracciones muy graves<sup>77</sup>. Como se sabe, únicamente este tipo de sanciones da entrada a las prohibiciones de contratar con las administraciones públicas a tenor de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contrato del Sector Público, vía que a juicio de un sector doctrinal podría de ser explorada a fin de perseguir eficazmente la contratación temporal acausal o abusiva<sup>78</sup>.

Teniendo en cuenta que la Inspección está optando por actuar primero en forma de comunicación, lo que puede llevar a emplear solamente el requerimiento, primando el respeto de la norma a fin de reducir la temporalidad<sup>79</sup>, su incumplimiento también podrá jugar como agravante según lo previsto en el propio art. 39.2 LISOS.

### *6.3.2. Incremento de las cuantías sancionadoras*

Se realiza también un cambio legal en el art. 40.1 LISOS, en el que se incorpora una letra c) bis, que incrementa las sanciones para las infracciones anteriormente mencionadas y las contenidas en el art. 7.14 y en otras letras relativas a ETT y empresas usuarias. De esta forma las multas ascienden en su grado mínimo pasando

<sup>76</sup> Así aparece en las Memorias de la Inspección en los años 2009 y 2011 que estiman que aumentaría la eficacia de la actuación inspectora la consideración de la existencia de una infracción por cada uno de los contratos temporales que los inspectores constaten celebrados en fraude de ley y que la reducida cuantía de las sanciones supone un factor que resta eficacia a la actuación inspectora. Conde-Ruiz, J.I. y Lahera Forteza, J., “Contra la dualidad laboral”, op. cit., p. 23. También el Plan Estratégico 2021-2023 (actuación 15.1) apostaba por la reforma en profundidad del marco regulador de los contratos y de la LISOS para garantizar el carácter disuasorio de las medidas y reforzar su proporcionalidad.

<sup>77</sup> También Illueca Ballester, H., “La actuación de la inspección...”, op. cit., p. 285 y Nicolás Bernard, J.A., “Presente y futuro de la contratación...”, op. cit, p. 7.

<sup>78</sup> Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal...”, op. cit., p. 1114.

<sup>79</sup> Delgado Castañeda, A., “Actuación de la Inspección...”, op. cit., p. 120.

de 1.000 a 2.000 €; en grado medio de los 2.001 a 5.000 € y en su grado máximo de 5.001 a 10.000 €.

Este incremento, que será notorio por aplicación de la regla anterior, era reivindicado también por distintos sectores sociales, pero seguramente no resultará eficaz si no se consigue aumentar su efectividad preventiva y, en definitiva, las posibilidades de control eficaz y eficiente por parte de la Inspección de Trabajo<sup>80</sup>.

Se añade una previsión expresa de irretroactividad, principio que rige en todo caso para el Derecho sancionador, pero que contribuye a dar seguridad jurídica a la propia Inspección y a los posibles sujetos responsables, en la DT novena referente a que “Las infracciones en el orden social cometidas con anterioridad a su entrada en vigor se sancionarán conforme a las cuantías y se someterán al régimen de responsabilidades vigente con anterioridad a dicha fecha”.

<sup>80</sup> En esta línea, Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar...?”, op. cit., p. 24.