



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



MAYO 2015

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Mayo 2015



Apuntes en materia de contratación temporal. A propósito del criterio técnico de la ITSS

El pasado 13 de abril la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hizo público un Criterio técnico en materia de contratación temporal. La circular es amplia y se refiere globalmente a los diversos aspectos que plantea la contratación temporal. En la presente entrada les sintetizamos los aspectos más destacados referidos a los denominados contratos temporales estructurales (contrato de obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción e interinidad) dejando para un posterior número las cuestiones referidas al contrato de relevo, contrato eventual de primer empleo y contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad.

A) Contrato de obra o servicio determinado

Respecto a la causa de estos contratos, esto es, la obra o servicio que los justifica, se recuerda que aunque tienen que tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, ello no supone que hayan de ser independientes y separados de la actividad normal sino que basta que dentro de la actividad permanente, habitual u ordinaria de la empresa aparezcan individualizados o concretados.

El criterio considera que existirá autonomía y sustantividad cuando:

- aún siendo actividad ordinaria o habitual de la empresa, «suponga un resultado tangible cuantitativamente distinto del que se obtiene

normalmente por la empresa»

- se trate de una actividad separada o distinta de la ordinaria y habitual de la empresa
- implique una organización o producción propia y diferenciada de otras obras o servicios que permita deslindarla nítidamente
- los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, pueden identificar trabajos o tareas con sustantividad propia pero, en cualquier caso, deberá respetarse la exigencia de autonomía y sustantividad

En cualquier caso, la obra o servicio tiene que tener naturaleza temporal, limitada en el tiempo.

- La contratación por obra o servicio determinados para la realización de actividades ordinarias, continuadas y permanentes de la empresa constituye un fraude de ley que lleva aparejada la consideración del contrato como indefinido y sanciones administrativas (STS 7-07-1997).
- La jurisprudencia ha considerado válido vincular el contrato a la realización de una contrata o subcontrata siempre y cuando estemos ante una contrata temporal y ello aunque la obra o el servicio no sea



una actividad propiamente temporal sino permanente por responder a una necesidad continua (ej. contratas de limpieza, mantenimiento de parques y jardines...). No obstante, ha de tenerse en consideración que la extinción del contrato derivada de la finalización anticipada de la contrata por voluntad del contratista, la reducción de la actividad o la sucesión de contratas sin solución de continuidad puede imponer limitaciones en la finalización de aquellos contratos.

- Respecto a las actividades de campaña o temporada que se reiteran cíclicamente en años sucesivos, la circular recuerda que la STS de 27 de septiembre de 2011 ha considerado que deben ser cubiertas por contratos indefinidos discontinuos.

El contrato, que deberá ser por escrito, debe especificar e identificar, con claridad y precisión, la obra o servicio contratados. Así, no se consideran menciones suficientes: la simple identificación del local o instalaciones donde se prestarán servicios, consignar las tareas propias de la categoría profesional o el objeto social de la empresa.

- La ausencia de forma escrita o de la identificación de la obra o servicio determina que el contrato se presuma celebrado por tiempo indefinido (art.8.2 TRLET). La STS 20-10-2010 ha considerado que no constituye un exigencia “ad solemnitatem” y que no es una presunción “iure et de iure” que impida probar la naturaleza temporal del contrato

Respecto a su duración se recuerda que los contratos de obra o servicio celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (Disp. Transit. 1ª RDL 10/2010) no pueden tener una duración superior a tres años (ampliable en 12 meses adicionales por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior). Podrá consignarse una fecha de finalización de la obra o servicio pero tendrá un carácter meramente indicativo. La

superación de las duraciones máximas establecidas por la legislación o la negociación determina la conversión del contrato en indefinido.

- Los límites temporales de duración no se aplican a las Administraciones Públicas y sus organismos vinculados o dependientes, ni a las modalidades singulares previstas en la legislación universitaria ni en otras normas con rango de ley si están vinculadas a un proyecto de investigación o inversión de duración superior a tres años (Disp. Adic. 15ª TRLET).

El trabajador debe ser ocupado, normalmente, en la ejecución de esa obra o servicio y no en tareas distintas.

- Debe reseñarse que el art. 24 del V Convenio colectivo del sector de la construcción (BOE de 15 de marzo de 2012) regula el denominado contrato fijo de obra, una adaptación de la contratación de obra que permite que el trabajador preste servicios para una misma empresa en distintos centros de la misma provincia con una duración máxima de 3 años “...salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término”.

La extinción del contrato requiere: 1) que la obra o servicio se terminen efectivamente, y 2) denuncia de la empresa que en los contratos de duración superior a un año deberá preavisarse con 15 días de anticipación. Si el contrato no se denuncia y se continua efectuando la prestación de servicios, se entenderá prorrogado indefinidamente, salvo prueba en contrario. El incumplimiento del preaviso sólo genera el derecho a una indemnización equivalente al salario de los días incumplidos.

B) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La circular recuerda que este contrato, regulado por el art. 15.1.b) del TRLET y el art. 3 del RD



2720/1998, de 18 de diciembre, tiene como objeto facilitar la incorporación de trabajadores temporales **por exceso de la actividad productiva** en momentos determinados o **por déficit transitorio de la plantilla**.

El incremento de la actividad ha de ser

a) imprevisible (fuera de cualquier ciclo regular sea en fechas ciertas o inciertas. De ser así, correspondería un contrato a tiempo parcial o un fijo discontinuo). La habitualidad puede ser considerada un indicio de insuficiencia estructural de plantilla a cubrir mediante contratación indefinida;

b) debe suponer un incremento de la actividad que supere la capacidad de la plantilla habitual, por ello no es hábil cuando no hay actividad empresarial previa;

c) el incremento puede deberse a un aumento de las labores y tareas a realizar o por una reducción acusada del número de trabajadores que ha de hacer frente a esa actividad;

d) el incremento debe ser temporal.

Respecto a la **duración máxima**, la norma establece 6 meses dentro de un periodo de referencia de 12 meses contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Se permite que por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior, pueda modificarse tanto la duración máxima como el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.

El contrato deberá tener, **en cualquier caso, una duración cierta** (la prevista para la duración de la causa o la máxima si aquella supera el tope

máximo). El término fijado determina la vigencia del contrato con independencia de la subsistencia de la causa.

Respecto a la **forma**, puede ser verbal si no supera las cuatro semanas de duración y no es a tiempo parcial. No obstante, la forma escrita es conveniente en todo caso pues resulta necesario acreditar la existencia de la causa (circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos).

La extinción del contrato se producirá cuando se llegue el plazo pactado, previa denuncia de la empresa. Si el contrato no se denuncia y continúa ejecutándose se entenderá prorrogado hasta su plazo máximo de duración y si éste ya hubiera transcurrido se considerará como indefinido salvo prueba en contrario.

C) Contrato de interinidad

Regulado por el art. 15.1.c) del TRLET y el art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, estamos ante un contrato que puede ser utilizado en dos supuestos:

a) para la sustitución de un trabajador con derecho a la reserva de su puesto de trabajo (IT, maternidad, riesgo por embarazo...) La reserva del puesto de trabajo y por ello la habilitación para el contrato de interinidad se da también en los supuestos de ausencia o reducción de la jornada de los trabajadores por cuidado de hijos o familiares previstas en los arts. 37.4 bis y 5 TRLET, en la sustitución de las trabajadoras víctimas de violencia de género que ejerciten su derecho a la movilidad geográfica o de cambio de centro de trabajo, en las excedencias forzosas por cargo público o funciones sindicales y en las voluntarias cuando se pacte individual o colectivamente la reserva. Respecto a la sustitución de trabajadores en vacaciones o disfrutando de otros periodos de descanso, aunque con ciertas vacilaciones, el Tribunal Supremo ha considerado que no cabe la interinidad sino,



en su caso, el contrato eventual.

b) durante el proceso de selección o promoción para la cobertura de un puesto con un máximo de 3 meses.

El trabajador contratado interinamente puede ser ocupado en la realización de tareas distintas a las efectuadas por el sustituido.

El contrato debe formalizarse por escrito e identificar al trabajador sustituido o el puesto de trabajo vacante para el que se está realizando el proceso de selección o promoción.

La conversión de contratos temporales en indefinidos

Respecto a la conversión voluntaria de contratos temporales en indefinidos se recuerda que, conforme la SAN, Contencioso-administrativo, de 7 de mayo de 2014, no cabe la bonificación por conversión cuando el contrato eventual inicial era irregular por haberse superado el plazo máximo.

La conversión obligatoria del contrato temporal en indefinidos se produce en 5 supuestos:

1) No dar de alta al trabajador en la Seguridad Social o retrasarla superando un plazo equivalente al del periodo de prueba estipulado o que se hubiera podido pactar.

2) Falta de formalización por escrito del contrato temporal cuando fuese obligatorio o identificación insuficiente de la causa.

3) Prestación de servicios tras el término del contrato sin mediar denuncia previa. Se debe recordar que la denuncia en los contratos de duración superior a un año requiere preaviso. El incumplimiento del preaviso sólo determina la obligación de indemnizar por una cuantía equivalente al salario de los días de incumplimiento.

En los supuestos 1), 2) y 3) se trata de una presunción iuris tantum que permite prueba en

contrario sobre la naturaleza temporal del contrato identificando la existencia de alguna de las causas previstas en el art. 15 del TRLET. En los restantes supuestos la transformación es automática.

4) Fraude de ley. Requiere que el inspector actuante acredite los elementos de hecho en que se basa y la argumentación jurídica, no meras sospechas, si bien no es necesario probar un ánimo fraudulento. El fraude puede referirse a la causa del contrato (inexistencia real de una causa temporal, utilización modalidad inadecuada...) o a circunstancias ajenas a la causa (por ejemplo, a los requisitos exigidos al trabajador, superación de la duración máxima establecida o falta de correspondencia entre el trabajo contratado y el efectivamente realizado). No se ha considerado fraude la mera irregularidad formal, elección errónea de la modalidad, utilización ocasional del trabajador en tareas distintas a las que justificaron la contratación.

5) Sucesión de dos o más contratos temporales cuando en un periodo de 30 meses, el trabajador hubiera estado contratado más de 24 meses.

- No es necesario que haya continuidad en la contratación del trabajador

- Se contabiliza el tiempo trabajado en el mismo o distinto puesto de trabajo ya sea por contratación directa o vía empresa de trabajo temporal

- No se computa el tiempo transcurrido entre el 31-08-2011 y 31-12-2012

- Se exigen dos o más contratos temporales

- En los supuestos de sucesión empresarial se computa el tiempo trabajado antes y después del cambio de titularidad

- Sólo se exceptúan: los contratos formativos, de relevo, interinidad, los celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, los utilizados por empresas de inserción y con limitaciones y los contemplados en la legislación



universitaria en la Disp. Adic. 23^a de la Ley 14/2011 de Ciencia, Tecnología y Innovación (contratos de obra o servicio para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica)

- Es importante tener en cuenta que esta limitación temporal en el encadenamiento de contratos establecida en el art. 15.5 del TRLET

no constituye un supuesto de fraude de ley, sino una limitación objetiva. El encadenamiento de contratos puede, per se, constituir un indicio de fraude al margen de que no se cumpla lo establecido en este precepto (por ejemplo, por que el encadenamiento se produce en relación a un mismo puesto de trabajo pero no respecto al mismo trabajador).

La reincorporación del trabajador en excedencia voluntaria. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2015 (Rec. 521/2014).

No constituye una oferta adecuada ofrecer al trabajador un puesto de trabajo ubicado en un centro de trabajo que implique cambio de residencia. La realización de esta oferta inadecuada no puede ser considerada, sin embargo, como un despido improcedente.

Reducción de la jornada por cuidado de hijos, concreción de la forma de disfrute y regulación en convenio colectivo. Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2015 (Rec. 16/2015).

A pesar de que la prensa destacó que esta sentencia suponía un nuevo revés para la reforma por permitir que la reducción de la jornada no se tuviese que realizar diariamente sino pudiéndola concentrar en un determinado día de la semana laboral (sábado), lo cierto es que la sentencia se fundamenta en que el convenio aplicable a la empresa recogía el texto del art. 37.5 del Estatuto previo a la reforma.